

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS E EMPRESARIAIS
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA



**O INCUMPRIMENTO VANTAJOSO: *CORPORATE GOVERNANCE*
E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES**

MESTRADO EM DIREITO E GESTÃO
ANO LECTIVO 2010/2011

DUARTE AMARAL DA CRUZ

LISBOA, 30 DE MARÇO DE 2012

SOB A ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

Aos meus Pais e ao Pedro pelo esforço, paciência e dedicação.
Aos meus pequenos irmãos, a quem auguro grande futuro.
A todos os restantes amigos e amigas, pelos grandes momentos.

Índice

I. Introdução e enunciação do problema	3
II. Principais teorias da <i>Corporate Governance</i>	4
III. Os deveres fiduciários dos administradores de sociedades comerciais.....	8
IV. Análise de <i>Case Studies</i>: os casos McDonalds, Nike e os casos dos meios de comunicação social	17
A. O caso Liebeck v. McDonald's Restaurants.....	17
B. O caso NIKE	20
C. Os casos dos meios de comunicação social.....	23
V. Delimitação do conceito de incumprimento vantajoso.....	29
VI. O interesse social nas sociedades comerciais e o incumprimento vantajoso.....	33
VII. Conclusões	45
Bibliografia.....	48
Anexo	55

I. Introdução e enunciação do problema

A presente Tese terá como objectivo analisar um tipo de conduta que, infelizmente, é frequente na actividade das sociedades comerciais por todo o mundo: o incumprimento vantajoso de normas injuntivas por parte de sociedades comerciais. Foi, precisamente, a frequência com que este tipo de actuações ocorre na prática societária que nos chamou a atenção, bem como a gravidade que tendem a assumir essas mesmas condutas.

Embora os administradores de sociedades comerciais possam encarar tais condutas com uma certa leviandade, a verdade é que elas acarretam violações de normas jurídicas e, portanto, devem merecer a maior atenção da parte dos jus comercialistas, o que não tem sucedido, tanto quanto se sabe.

Assim, e após um enquadramento genérico das áreas jurídico-económicas em questão, propomo-nos a analisar um conjunto de casos, envolvendo práticas de violação de normas jurídicas, deles retirando algumas conclusões sobre a motivação dos agentes responsáveis pela tomada das decisões que deram origem a tais violações (os administradores das sociedades em causa). Entendemos que a prática nos fornece ferramentas úteis na análise de questões jurídicas, facilitando uma melhor avaliação científica das mesmas.

Numa fase posterior do nosso estudo, tentaremos aproximar-nos da definição de um conceito de incumprimento vantajoso, a final o conceito que decidimos abordar, bem como da sua justificação, no sentido de perceber que interesse jurídico é defendido na prossecução das condutas qualificadas como tal. Por fim, e colocando-nos na pele de um administrador, tentaremos apreender e expor os prós e contras deste tipo de actuações, bem como posicionar-nos quanto à sua eventual admissibilidade.

Por uma questão de maior clareza na exposição e para evitar mal-entendidos do ponto de vista técnico-jurídico na utilização de certos termos, importa clarificar o significado que se pretende dar a algumas expressões, susceptíveis de originar confusão para o leitor. Inclusivamente acerca dos conhecimentos teóricos de base de quem por ora escreve.

Assim, utilizar-se-ão as seguintes expressões:

- a) **Administrador**, como sinónimo de gerente, gestor, administrador e director, expressões que, quando entendidas numa acepção estrita, são, ou podem ser, aplicáveis e enquadráveis em realidades distintas (p.e. a expressão gestor tem

uma maior afinidade com a realidade das Sociedades por Quotas, ao passo que o termo administrador é mais característico das Sociedades Anónimas)¹;

- b) **Corporate Governance, governo societário** ou **governo das sociedades**, como correspondentes a qualquer um desses termos, sendo que alguns autores preferem utilizar outras expressões alternativas, tais como governação societária ou governação das sociedades. O âmbito daquilo em que consiste a *Corporate Governance* será tratado no Capítulo seguinte;
- c) **Sociedade** ou **empresa**, como abrangendo a mesma realidade: a sociedade comercial. Ou seja, não se irá proceder, por exceder larga e evidentemente o âmbito do presente texto, à distinção técnico-jurídica entre a sociedade comercial e a empresa; ao invés, opta-se por uma questão meramente de conveniência, por fazer referência às duas realidades como correspondentes a uma só²;
- d) **Accionistas**, como incluindo accionistas, sujeitos que detém participações sociais em sociedades anónimas, e sócios, detentores de participações sociais em sociedades por quotas e sociedades em nome colectivo.

II. Principais teorias da *Corporate Governance*

Para uma correcta exposição de um tema transversal, como é o do governo das sociedades comerciais, importa, antes de mais, proceder a uma rápida mas assertiva visita à génese da discussão sobre o tema. Até porque as conclusões a que se chegarão na presente dissertação, dependerão, em certa medida, do entendimento que se assumir sobre questões preliminares, como seja o alcance e percepção sobre a realidade em que consiste a *corporate governance*.

¹ No mesmo sentido embora com diferente fundamentação *vide* Ferreira, Bruno, A responsabilidade dos administradores e os deveres de cuidado enquanto estratégias de *corporate governance*: implicações na reforma do Código das Sociedades Comerciais, *in* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 30, 2008, pág. 7, nota de rodapé n.º 4. Acessível no endereço:

<http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/C30Artigo1.pdf>

² Na linguagem da área da economia e gestão, aliás, a empresa é comumente entendida como correspondente à sociedade comercial, em sentido técnico-jurídico.

As origens sobre a discussão deste tema remontam à primeira metade do século XX³, sendo aceite que os primeiros autores a levantar a discussão nos termos em que ela hoje se processa, foram Adolf Berle e Gardiner Means⁴ na sua obra de 1932. Na sequência da revolução industrial, cuja expansão à escala universal ocorreu durante o século XIX e início do século XX, vários aspectos da “empresa moderna”, até então omissos das discussões empresariais, foram levantados pelos referidos autores, tais como os conceitos de controlo da empresa, dispersão accionista ou divergência entre controlo e gestão⁵.

O último dos aspectos referidos tem sido, aliás, desde então, um dos mais discutidos, tendo originado as propaladas teorias dos problemas de agência⁶. Muito resumidamente, as *agency theories* decompõem-se, hoje em dia, em três modalidades, a saber:

- a) O primeiro problema de agência, aquele levantado por Berle e Means, resulta da afirmação de que os interesses dos sujeitos donos de participações sociais na sociedade (os accionistas) e os responsáveis pela gestão da mesma (administradores), possuem interesses distintos, o que é susceptível de causar problemas na optimização do funcionamento da empresa, mormente prejudicando os accionistas, na qualidade de seus “donos”^{7 8}.

³ Na verdade, existem vários estudos e textos que, ainda no século XIX, versavam já sobre o governo e a gestão das sociedades comerciais e empresas; contudo, estando ainda o tema numa fase embrionária, não se pode dizer propriamente que aí já se discutisse a *corporate governance* nos termos “modernos” em que ela se situa hoje e, a bem da verdade, se iniciou na década de 30, do século transacto.

⁴ Berle, Adolf A., e Means, Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, Revised Edition, Harcourt, Brace & World, Inc., 1967.

⁵ *Idem*, entre outras, págs. 113 e 309-313.

⁶ *Idem*, pág. 66; Armour, John, Hansmann, Henry, and Kraakman, Reinier, *The Essential Elements of Corporate Law*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 134/2009, 2009, pág. 4, disponível no endereço electrónico http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436551, e *Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 135/2009, 2009, acessível através do seguinte endereço: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555; Eisenhardt, Kathleen M., *Agency Theory: An Assessment and Review*, in *The Academy of Management Review*, Vol. 14, No. 1, 1989, págs. 57-74.

⁷ Naturalmente, esta questão só se coloca, ou melhor, coloca-se com muito mais frequência, nas sociedades anónimas do que nas sociedades por quotas onde, frequentemente, se verifica uma convergência entre ownership e control.

- b) O segundo problema de agência prende-se com a falta de alinhamento dos interesses de accionistas maioritários e accionistas minoritários, cujas perspectivas podem ser, e são-no frequentemente, distintas. Esta segunda problemática assume uma relação mais estreita com a questão da dispersão accionista (também levantada por Berle e Means), porquanto estruturas accionistas mais concentradas, situação mais frequente no direito continental do que, por exemplo, no direito norte-americano, são mais propícias a colocar os pequenos accionistas em situações de desvantagem, em que os respectivos interesses não são atendidos, por ser dos accionistas maioritários o poder de decisão em assembleia-geral⁹.
- c) Por fim, e com origem mais recente, fruto dos desenvolvimentos doutrinários ocorridos em torno do alinhamento de interesses no seio das sociedades, surgiu a discussão sobre um terceiro problema de agência, o qual tem em conta a desconformidade entre a vontade dos accionistas e os interesses dos outros *stakeholders*, com especial enfoque para trabalhadores e credores sociais, na perspectiva de que estes são também sujeitos relevantes para a sustentabilidade empresarial.

Em torno das ideias defendidas por Berle e Means gerou-se – e ainda hoje se gera – uma multiplicidade de textos, quer rebatendo as ideias destes autores, quer, partindo delas, alargando os focos de discussão sobre o tema.

Mas, no que à presente exposição diz respeito, uma das principais implicações que a visão inspiradora destes autores originou, prende-se com o modo de ver a sociedade, em termos de questionar “a quem” deveria ela ser vista como pertencente. No fundo, levantou-se a questão de saber quais os interesses predominantes a ter em conta na empresa, mormente na gestão e condução da mesma.

Assim, e entrando no objecto central do *Corporate Governance*, emergiram inicialmente as teses contratualistas da empresa. Fundamentalmente, estas teorias

⁸ Na literatura anglo-saxónica, e de entre os autores que defendem estas teses, o accionista é frequentemente identificado como *owner*, o dono da empresa, por ser ele o detentor das participações sociais que compõem o seu capital próprio (designada como *equity*). Assim, o recurso à expressão “dono” ao longo da presente obra, tem como referência essa expressão anglo-saxónica.

⁹ Isto sem prejuízo do mecanismo da impugnação de deliberações sociais, o qual, em situações de vício das deliberações, pode ser accionado, mediante preenchimento dos requisitos respectivos, tema que não será aqui analisado.

sustentam que os accionistas são os “donos” da empresa, sendo os seus interesses aqueles que devem ser prosseguidos e atendidos por quem dirige a sociedade, em face de ter sido deles a decisão de formar a sociedade, de lhe dar origem, de serem eles que, em sede de assembleia-geral, tomam algumas das decisões mais importantes, de, no limite, caber-lhes a eles a decisão de nomear os administradores da sociedade e, consequentemente, também de os exonerar das respectivas funções¹⁰. De acordo com este ponto de vista, o interesse social é, em última análise, o interesse do colectivo dos seus accionistas.

¹⁰ Sobre o confronto entre as teorias contratuálistas e as teorias institucionalistas da empresa, *vide* Campbell, David, Towards a Less Irrelevant Socialism: Stakeholding as a ‘Reform’ of the Capitalist Economy, *in* Journal of Law and Society, Volume 24, Número 1, Blackwell Publishing, Março de 1997, págs. 65-84; Dallas, Lynne L., Two Models of Corporate Governance: Beyond Berle and Means, *in* University of Michigan Journal of Law Reform, 1988; Paterson, John, Corporate Governance, The Limits of Rationality and Proceduralisation, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 198, 2011, págs. 16 e segs., texto disponível no endereço <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP198.pdf>. Mesmo Adolf A. Berle e Gardiner C. Means sustentavam já, em 1932, que o interesse da sociedade era autónomo em relação ao interesse da colectividade dos seus sócios, motivo pelo qual rejeitaram as teorias tradicionais (contratuálistas); *cfr. op. cit.* págs. 113, 117 e 309-313. Quanto a bibliografia portuguesa sobre esta matéria, *vide* Albuquerque, Pedro de, Direito de Preferência dos Sócios em Aumentos de Capital nas Sociedades Anónimas e por Quotas, Almedina, 1993, págs. 324 e segs.; Caetano Nunes, Pedro, Corporate Governance, Almedina, 2006, págs. 32 e segs.; Chabert, Susana, Interesse da Empresa e Interesse Social (Relatório), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002, págs. 33-38 e 49 e segs.; Coutinho de Abreu, Jorge Manuel, Da Empresariabilidade – As Empresas no Direito (Reimpressão), Almedina, 1999, págs. 227 e segs.; Magalhães, Vânia Patrícia, A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social, *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano I, Número 2, Almedina, 2009, págs. 403 e segs.; Serra, Catarina, Entre *Corporate Governance* e *Corporate Responsibility*: Deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’, *in* I Congresso das Sociedades em Revista, Almedina, 2011, págs. 212 e segs.; Ventura, Raúl e Brito Correia, Luís, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.^{os} 192, 193, 194 e 194, 1970, págs. 101 e segs.. Sustentando defesa da posição contratuálista, sem contudo proceder ao seu confronto com as teses institucionalistas, *vide* Menezes Cordeiro, António, Os deveres fundamentais dos administradores de sociedades, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Volume II, 2006, págs. 464 e segs.. Já em defesa da posição institucionalista, da qual nos aproximamos mais, *vide* por todos Carneiro da Frada, Manuel, *op. cit.*, págs. 175-178; e Pais de Vasconcelos, Pedro, A Participação Social nas Sociedades Comerciais, 2.^a Edição, Almedina, 2006, págs. 315 e segs., e Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais, *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Volume 1, Almedina, 2009, págs. 13 e segs. e 26 e segs..

Contudo, e apesar de maioritária, esta doutrina não foi universalmente aceite e tida como certa, pelo que, em sentido contrário, surgiram as ditas teses institucionalistas. Tais teorias assumiram um cariz substancialmente mais social-democrata, no sentido em que a ponderação da direcção a dar deveria incluir os restantes *stakeholders*, nomeadamente trabalhadores, os quais deveriam ter uma palavra a dizer na condução dos negócios da empresa, por nela terem um forte interesse e participarem, por via da prestação laboral, no seu desenvolvimento¹¹.

Como é habitual suceder nestas situações, e mais recentemente, vários autores tentaram já abordagens intermédias, procurando conjugar aspectos de ambas as teorias, sem contudo reconhecer maioria de razão a nenhuma delas. São as ditas teorias mistas¹².

Esta tem sido uma discussão que tem feito correr rios de tinta por todo o mundo, sendo manifestamente impossível, pelo âmbito próprio da presente dissertação e pela complexidade do tema, avançar com uma desenvolvida argumentação sobre a questão. Para além do mais, a opinião que aqui se sustenta sobre o tema concreto será descrita, pela importância que assume em qualquer estudo sobre o governo das sociedades, de forma mais desenvolvida no Capítulo III *infra*, sem prejuízo de outras eventuais referências espaçadas em outros pontos do texto.

Dir-se-á, tão-somente, que não se pode assumir uma posição demasiado rígida quanto ao que é o interesse social. De facto, cada sociedade tem um conjunto de factores e características que a modelam, que influenciam o seu funcionamento e que definem em que termos melhor será prosseguida a sua actividade e a gestão dos seus negócios. Factores tais como o tipo societário em causa, a estrutura accionista, a dimensão da sociedade, o mercado concreto ou ambiente concorrencial em que ela se move ou mesmo, e com enorme relevância, como se explicará *infra*¹³, a composição do respectivo capital social.

III. Os deveres fiduciários dos administradores de sociedades comerciais

¹¹ Esta posição tem como principal referência o ordenamento jurídico alemão, como sublinha Magalhães, Vânia Patrícia, *op. cit.* págs. 403-405.

¹² Sobre as teorias mistas *vide*, por todos, Sjøfjell, Beate, The Golden Mean or a Daed End? The Takeover Directive in a Shareholder versus Stakeholder Perspective, 2006, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=866184.

¹³ *Cfr.* pág. 35 *infra*.

Muito tem sido escrito na doutrina portuguesa a propósito dos deveres dos administradores de sociedades comerciais¹⁴, principalmente após 2006, ano em que foi

¹⁴ Cfr. Brito Correia, Luís, *Direito Comercial*, 2.º Volume – Sociedades Comerciais, e 3.º Volume – Deliberações dos Sócios, AAFDL, 1989, e *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Lisboa, 1991; Caetano Nunes, Pedro, *Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas*, Almedina, 2001, e *Corporate Governance*, *cit.*; Carneiro da Frada, Manuel António, *A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Volume II, 2006; Costa, Ricardo, *Deveres Gerais dos Administradores e “Gestor Criterioso e Ordenado”*, in *I Congresso das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011; Coutinho de Abreu, Jorge Manuel, *Curso de Direito Comercial*, Volume II – Das Sociedades, 2.ª Edição, Almedina, 2007, e *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, in *Cadernos do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, n.º 5, Almedina, 2007; Fernandes de Oliveira, António, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades*, Almedina, 2008; Ferreira, Bruno, *A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado Enquanto Estratégias de Corporate Governance*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Número 30, 2008, e *Os Deveres de Cuidado dos Administradores e Gerentes (Análise dos Deveres de Cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América Fora das Situações de Disputa Sobre o Controlo Societário)*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, Número 3, Almedina, 2009; Magalhães, Vânia Patrícia, *cit.*; Ramos, Maria Elisabete, *Administradores de Sociedades Anónimas e o Dever Legal de Garantir a Responsabilidade*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 3, Volume V, Almedina, 2011; Gomes, Fátima, *Reflexões em Torno dos Deveres Fundamentais dos Membros e Órgãos de Gestão (e Fiscalização) das Sociedades Comerciais à Luz da Nova Redacção do Artigo 64.º do CSC*, in *Nos Vinte Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Volume II, Coimbra Editora, 2008; Menezes Cordeiro, António, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, 1997, *Os deveres fundamentais...*, *cit.*, *A Lealdade no Direito das Sociedades*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Volume III, 2006, e *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009; Menezes Leitão, Adelaide, *Responsabilidade Civil dos Administradores para com a Sociedade e os Credores Sociais por Violação de Normas de Protecção*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, Número 3, Almedina, 2009; Olavo Cunha, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2010; Pais de Vasconcelos, Pedro, *A Participação...*, *cit.*, *Responsabilidade Civil dos Gestores...*, *cit.*, e *Deveres de Cuidado e de Lealdade, Ilícitude e Culpa e o Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol II, Almedina, 2009; Pereira de Almeida, António, *Sociedades Comerciais*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1999, e *A Business Judgment Rule*, in *I Congresso de das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011; Perestrelo de Oliveira, Ana, *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo*, Almedina, 2007, e *Os Credores e o Governo Societário: Deveres para os Credores Controladores?*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, Número 1, Almedina, 2009; Pires Cordeiro, Catarina, *Algumas Considerações Críticas sobre a Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas no Ordenamento Jurídico Português*, in *O Direito*, Número 137, Volume I, 2005; Ribeiro, Maria de Fátima,

alterada a redacção do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais¹⁵, tendo sido modificado o figurino típico dos deveres fundamentais dos administradores no ordenamento jurídico português, o que chamou a atenção de diversos autores nacionais. Contudo, e porque a alteração desse preceito do CSC não foi uma inovação do nosso legislador, mas antes uma importação de ordenamentos estrangeiros, cabe proceder a um enquadramento genérico sucinto da origem destes *fiduciary duties*, utilizando a expressão anglo-saxónica equivalente.

Deste modo, são apontadas pela doutrina portuguesa essencialmente duas fontes legislativas estrangeiras para a importação dos conceitos pelo nosso ordenamento jurídico, havendo alguma discórdia, no seio da doutrina em Portugal, quanto à verdadeira fonte de inspiração do legislador nacional. Assim, alguns autores apoiam-se nos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais norte-americanos¹⁶, ao passo que outros recorrem a fontes germânicas para a interpretação das normas então introduzidas¹⁷.

Da parte de quem escreve a presente obra, e sem querer entrar a fundo na discussão doutrinária em questão, evitando nela tomar uma posição suficientemente fundamentada, ao explicar os vestígios históricos que trouxeram a discussão para Portugal, recorrer-se-á ao desenvolvimento anglo-saxónico na matéria, com maior relevo para tudo quanto foi dito e escrito nos Estados Unidos da América. Essencialmente porque se entende que, de facto, foi no outro lado do Atlântico que a

A Responsabilidade dos Administradores à Crise da Empresa Societária e os Interesses dos Credores Sociais, in I Congresso das Sociedades em Revista, Almedina, 2011; Serafim, Sónia das Neves, Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, a *Business Judgment Rule* e o Dever de Lealdade, in Temas de Direito das Sociedades, Coimbra Editora, 2011; Serra, Catarina, Entre *Corporate Governance...*, cit.; Soares da Silva, João, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: os Deveres Gerais e os Princípios de *Corporate Governance*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, Volume II, 1997; Ventura, Raúl, e Brito Correia, Luís, op. cit.; Ventura, Raúl, Sociedades por Quotas, Volume III, Almedina, 1991.

¹⁵ Alterado pela Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

¹⁶ Por todos, vide Pais de Vasconcelos, Responsabilidade Civil dos Administradores..., cit., e *Business Judgment Rule...*, cit..

¹⁷ Vide, por exemplo, Carneiro da Frada, Manuel António, op. cit., págs. 170 e segs., e Magalhães, Vânia Patrícia, op. cit., pág. 386.

“empresa moderna” mais cedo se desenvolveu¹⁸, e, dir-se-á, também com maior impacto, tendo, por esse motivo, sido na literatura norte-americana que os textos de maior reconhecimento foram produzidos, quer ao nível concreto dos deveres fiduciários, quer no âmbito mais alargado da discussão sobre a *modern corporation* e sobre a *Corporate Governance*¹⁹.

Feito este esclarecimento introdutório, fundamental para a interpretação do nosso texto legislativo sobre a presente matéria, cabe de seguida escarpelizar o conteúdo destes *fiduciary duties*, quando vistos à luz do artigo 64.º do CSC.

Ignorando o conteúdo do normativo anterior à da reforma de 2006, bem como tentando passar ao lado de toda a densa discussão produzida pela doutrina nacional sobre o alcance desta alteração legislativa²⁰, pode dizer-se que, actualmente, o CSC impõe aos administradores de sociedades dois deveres principais: (i) um dever de cuidado (*duty of care*); e (ii) um dever de lealdade (*duty of loyalty*). Enquadremo-los.

O dever de cuidado²¹, tal como se reproduz na lei, adstringe os administradores a revelarem “a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da

¹⁸ Berle, Adolf A., e Means, Gardiner C., *op. cit.*, pág. 113. Ainda que sobre um tema diferente (sobre os limites ao crescimento orgânico das empresas *versus* a externalização), julgamos que, na sua obra de 1937, Ronald Coase discutia já uma realidade semelhante à que Berle e Means abordavam, no sentido em que também ele se pronunciava sobre os desenvolvimentos da “empresa moderna”, *cfr.* Coase, Ronald H., The Nature of the Firm, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937, 386-405.

¹⁹ Veja-se, por exemplo, que já Adolf A. Berle e Gardiner C. Means abordavam a questão dos deveres fiduciários e da posição de *trustee* em que se encontravam para com a empresa. Nesse contexto estes autores identificavam os seguintes deveres fundamentais dos administradores de sociedades: “(1) a decent amount of attention to business; (2) fidelity to the interest of the corporation; (3) at least reasonable business prudence” (itálico nosso), *cfr. op. cit.* pág. 117.

²⁰ Julgamos que tomar posição nesta querela doutrinária ultrapassa largamente o âmbito do presente trabalho.

²¹ Sobre os deveres de cuidado *vide*, Carneiro da Frada, Manuel António, *op. cit.*, págs. 164 e segs.; Costa, Ricardo, *op. cit.*, págs. 165 e segs.; Coutinho de Abreu, Manuel, Responsabilidade Civil dos Administradores..., *cit.*, págs. 18 e segs.; Magalhães, Vânia Patrícia, *op. cit.*, págs. 387 e segs.; Menezes Cordeiro, Os deveres fundamentais..., *cit.*, págs. 447 e segs. e 476 e segs.; Menezes Leitão, Adelaide, Responsabilidade Civil dos Administradores..., *cit.*, págs. 664 e segs.; Pais de Vasconcelos, Pedro, Responsabilidade Civil dos Gestores..., *cit.* págs. 18 e segs., e *Business Judgment Rule*..., *cit.*; Pereira de Almeida, António, A *Business Judgment Rule*..., *cit.*, págs. 368 e segs..

sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado” (negrito nosso)²².

Num primeiro olhar sobre esta disposição, facilmente se percebe que pretendeu o legislador fornecer um leque razoavelmente alargado de critérios de aferição para a concretização do conteúdo deste dever de cuidado, sem, contudo, correr o risco de ser exaustivo na sua enunciação.

Ter cuidado é escolher criteriosamente os passos que são dados; é não fazer escolhas precipitadas e sem a devida fundamentação subjacente; é tomar uma decisão com base em critérios, os quais terão que revelar uma adequação à situação concreta. Numa tomada de decisão, o decisor – neste caso, o ou os administradores – deverá estar munido de informação relevante, quer quantitativa quer qualitativamente²³.

Mas a delimitação deste *duty of care* não se pode fazer de forma tão simplista, porquanto este dever principal não logra uma suficiente concretização sem recurso a outros subdeveres que nele se inserem. Têm sido apontados, essencialmente, quatro deveres²⁴ em que se subdivide o dever de cuidado, a saber:

- a) O dever de vigilância (*duty to monitor*), impondo uma atenção por parte do administrador aos aspectos da gestão da sociedade, incluindo aspectos financeiros, comerciais, de recursos humanos, etc.;
- b) O dever de investigar (*duty to inquiry*), bastante próximo do anterior e dele incidível, ficando o administrador adstrito a procurar e confirmar as informações relevantes para o funcionamento da sociedade (podendo ser informações que lhe são transmitidas ou informações que ele próprio obtém);
- c) O dever de adoptar um processo decisório idóneo (*duty to follow a reasonable decision-making process*), sendo aqui a pedra de toque os critérios e fundamentos que subjazem à tomada de decisão por parte do administrador; e

²² Texto da alínea a) do número 1 do artigo 64.º do CSC.

²³ Contudo tem-se entendido, com razão, que o administrador deverá evitar o excesso procedimental, que afecta o *decision-making process*, por diversos motivos, nomeadamente pelos elevados custos que implica e também porque é um elemento que pode atrofiar a tomada de decisão, quer por trazer demasiada informação que o administrador não consegue conjugar correctamente, quer por poder atrasar a tomada de decisão, ao ponto de, quando o administrador está enfim apto a tomá-la, ela se revela já inadequada. Sobre este aspecto *vide*, p.e., Carneiro da Frada, Manuel, *op. cit.*, pág. 184.

²⁴ *Vide*, por todos, Magalhães, Vânia Patrícia, *op. cit.*, págs. 390 e segs..

- d) O dever de tomar decisões razoáveis (*duty to take reasonable decisions*), devendo estas ser coerentes e adequadas às circunstâncias e exigências do caso concreto.

A formulação adoptada pelo legislador para consagrar o dever de cuidado revela ainda, num segundo plano, e de acordo com o entendimento de quem ora escreve, uma preocupação de não fechar o preceito, deixando-o antes mais maleável perante o seu carácter geral, aplicável a todos os tipos societários. É fundamental aqui perceber que o aspecto relevante é a especial e particular situação da sociedade gerida: cada sociedade tem aspectos que a diferenciam das demais²⁵, quer sejam ao nível da sua dimensão, do ambiente competitivo que a rodeia, do sector específico em que actua, da sua composição accionista ou susceptibilidade de o valor da mesma²⁶ ser directamente afectado por actos de gestão. E, pelo dito, julgamos dever ter-se como boa a redacção adoptada pelo legislador.

O segundo dever legalmente consagrado nesta sede é o dever de lealdade, o qual, ao contrário do primeiro, é bastante mais susceptível de criar polémica, como tem sido, de resto observado²⁷.

De acordo com a alínea b) do número 1 do artigo 64.º do CSC, este dever traduz-se numa conduta levada a cabo “*no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*”.

²⁵ Cfr. pág. 8 *supra*.

²⁶ Quando se fala em valor da empresa, pensa-se no seu significado na área da economia e gestão, bem como se pensa no caso concreto das sociedades cotadas em bolsa, porquanto um qualquer acto de gestão que seja, como em princípio deverá ser, tornado público, é susceptível de gerar as mais fortes repercussões no preço das acções de uma sociedade cotada. Não que uma sociedade fechada, por contraposição às sociedades abertas, nas palavras do Código dos Valores Mobiliários, não possa ver o seu valor ser afectado por actos de gestão; qualquer sociedade comercial é, aliás, afectada pela gestão que nela é levada a cabo. É, contudo, nas sociedades cotadas que esta variável assume maior preponderância, em decorrência das exigências impostas pela generalidade dos países no sentido de assumir e consagrar um princípio da transparência, razão pela qual muitas sociedades outrora cotadas acabam por abandonar este estatuto, preferindo resguardar-se em relação ao exterior. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, *vide* Câmara, Paulo, Manual de Direito dos Valores Mobiliários, 2.ª Edição, Almedina, 2011, págs. 272-275.

²⁷ Em sentido crítico da letra da alínea b), *vide* Carneiro da Frada, Manuel António, *op. cit.*, págs. 162 e segs.; Menezes Cordeiro, António, Os deveres fundamentais..., *cit.*, págs. 486 e segs..

Como se percebe de imediato, trata-se de um dever substancialmente mais denso que o anterior, através do qual se introduz na legislação nacional um conceito já há muito incluído nas discussões sobre *corporate governance* nos EUA: o conceito de *stakeholders* (os tais “*sujeito relevantes*”, no dizer da lei²⁸).

No que diz respeito à composição deste conceito de dever de lealdade, tem a doutrina entendido que nele cabem deveres tais como o dever de evitar conflitos de interesse com a sociedade, nomeadamente não exercendo actividade concorrente à da sociedade que administra, bem como não aproveitando oportunidades de negócios da sociedade, entre outros²⁹.

Contrariamente ao texto referente ao dever de cuidado, o qual merece inteira concordância, a versão a final consagrada do conteúdo do dever de lealdade merece algumas críticas. Desde logo parece um preceito mais fechado que o da alínea anterior³⁰, por obrigar o administrador, nos actos de gestão que pratica na condução da sociedade por si gerida, a ponderar, de forma que nos parece obrigatória, as posições e interesses de uma série de sujeitos cuja relevância na sociedade varia em cada caso, e sem que se forneça qualquer critério objectivo, que não seja o do próprio interesse da sociedade, para aferir qual o interesse mais relevante a ter em conta casuisticamente. E era relevante que o legislador o tivesse feito: como se disse anteriormente a propósito das *agency theories*³¹, uma das maiores dificuldades inerentes à sociedade comercial dos nossos tempos é, precisamente, aquela que discute os interesses conflitantes que no seu seio se levantam, bem como a dificuldade de alcançar um consenso doutrinário em relação ao que é o interesse social. Basta, por exemplo, aderir às teorias que identificam o interesse social com o interesse da colectividade de sócios³², para que se

²⁸ Tem-se traduzido para português *stakeholders* utilizando expressões como “partes interessadas”. *Stakeholders* são, de forma muito genérica, todos os sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade ou para os quais a sustentabilidade da sociedade é relevante. O seu âmbito varia, de sociedade para sociedade, em função das características da mesma, podendo o leque de *stakeholders* ser mais ou menos alargado consoante cada sociedade comercial, individualmente considerada.

²⁹ Sobre este ponto *vide*, por todos, Pais de Vasconcelos, Pedro, *Business Judgment Rule...*, *cit.*, págs. 65 e segs..

³⁰ Sobre a construção e composição das regras de direito societário *vide*, Armour, John, Hansmann, Henry, e Kraakman, Reinier, *The Essential Elements...*, *cit.*, págs. 19-22.

³¹ *Cfr.* págs. 5 e segs. *supra*.

³² *Vide* por todos, Albuquerque, Pedro de, *Direito de Preferência...*, *cit.*, págs. 340 e segs.; Brito Correia, Luís, *Direito Comercial, 2.º Volume...*, *cit.*, págs. 49 e segs.; Menezes Cordeiro, António, *Da*

encontre um sério obstáculo na interpretação deste preceito e, por conseguinte, do dever legal nela consagrado. Daí que acima se tenha dito³³ não serem de seguir as doutrinas contratuálistas, por serem redutoras da visão contemporânea da sociedade comercial e pela diminuta, ou mesmo inexistente, relevância que conferem aos outros *stakeholders* que não os sócios.

Ora, voltando ao texto que se analisava, terá o interprete-aplicador um papel fundamental para a correcta aplicação deste preceito em cada caso concreto. Somente uma correcta compreensão da realidade (da sociedade comercial) com que se lida em concreto, permitirá perceber, ainda que nunca de forma absoluta, qual o interesse mais relevante a atender em cada caso. Se nuns casos os sócios poderão ser os mais relevantes sujeitos em jogo, porventura até os únicos³⁴, outros casos haverá em que credores³⁵ ou trabalhadores³⁶, sejam fundamentais para a sociedade. E ainda haverá que

Responsabilidade..., *cit.*, págs. 517 e segs.; Ventura, Raúl, e Brito Correia, Luís, *op. cit.*, págs. 101 e segs.; Ventura, Raúl, Sociedades por Quotas, Volume III, *cit.*, págs. 150 e segs..

³³ *Cfr.* pág. 8 *supra*.

³⁴ Basta equacionar casos de sociedades de pequena dimensão, cujo factor de financiamento externo seja muito reduzido ou até mesmo inexistente.

³⁵ Pense-se, por exemplo, e relativamente aos credores, em situações bastante complexas de sociedades financiadas quase exclusivamente com recurso a capitais alheios ou, até, em situações nas quais os credores assumam mesmo a posição de credores controladores, por intermédio de complexos clausulados contratuais. Vide, a este propósito, Perestrelo de Oliveira, Ana, Os credores e o governo societário, *cit.*, págs. 98 e segs.

³⁶ No que respeita aos trabalhadores, e não obstante as posições mais rígidas de autores que defendem que estes devem estar abrangidos pelo Direito Laboral e nada mais, basta pensar em casos, já verificados em Portugal, nos quais, de forma a motivar os seus trabalhadores e colaboradores, os administradores de sociedades comerciais lhes conferiram a hipótese de adquirir acções da mesma em especiais condições, por ser este um mecanismo de alinhamento de interesses e de redução dos problemas de agência que, frequentemente, se levantam no seio das organizações. Sendo verdade que, após esta aquisição de acções, os trabalhadores ganham um estatuto extra – o de accionistas –, não é menos verdade que continuam a ser trabalhadores e que é por este estatuto que lhes é concedido acesso à compra de acções neste regime especial. Não se pretende aqui discutir a génese deste novo estatuto adquirido pelos trabalhadores nestas circunstâncias, mas tão-só chamar à atenção para um exemplo concreto em que uma determinada organização reconhece aos seus trabalhadores a importância que estes assumem no seu seio. O exemplo em que se pensava, e mais haverão certamente, foi o que se verificou no Grupo Impresa, no início da década passada, quando esta facilitou aos seus trabalhadores e colaboradores a compra das suas acções em condições que lhes eram favoráveis, e numa altura em que as referidas

considerar a hipótese, hoje em dia estudada em grande amplitude nas melhores escolas de gestão do mundo, relacionada com os clientes da sociedade e, de forma mais abrangente, com a sua *Corporate Responsibility*^{37 38}.

Tudo isto são exemplos da dificuldade de conjugação destes diferentes e divergentes interesses que movem a sociedade e que se movem em torno dela, sob a perspectiva de que todos eles são encarados como fundamentais para a respectiva sustentabilidade, não obstante o sejam com diferentes pesos e em diferentes medidas, em face de diferentes sociedades comerciais.

Por isso se percebe a bondade do legislador em tentar progredir e acompanhar os recentes desenvolvimentos na matéria, ao consagrar e reconhecer legalmente a importância destes *stakeholders* para a sociedade comercial. Com o que não se pode deixar de discordar é com a formulação algo primitiva do preceito, a qual é, de certo modo, reveladora de alguma falta de sensibilidade e conhecimento sobre as perspectivas economicistas actuais da empresa.

Concluindo que está o percurso pelos deveres legais impostos aos administradores de sociedades, e de forma a encerrar este capítulo, dedica-se somente uma palavra a um

acções se encontravam numa boa posição na bolsa de valores, tendo até subido durante alguns meses, e possibilitado a alguns dos seus titulares concretizarem mais-valias interessantes.

³⁷ Sobre a evolução do conceito, amplitude e aplicabilidade da Responsabilidade Social das Empresas, vide Carroll, Archie B., *Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct*, in *Business Society*, 1999, texto disponível em: <http://bas.sagepub.com/content/38/3/268.full.pdf+html>. Sobre as vantagens para as empresas da aplicação da *Corporate Responsibility*, vide Porter, Michael E., e Kramer, Mark R., *The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy*, in *Harvard Business Review*, 2002.

³⁸ No fundo, o que se pretende clarificar é que cada sociedade possui as suas próprias características. Mesmo o facto de existirem tipos (legais) fechados, não torna todas as sociedades que se incluem nos mesmos tipos idênticas entre si. Em termos sociais, mesmo sociedades do mesmo tipo legal, poderão constituir tipos sociais distintos, por terem diferentes características e enquadramentos, nos termos *supra* definidos. Ainda que numa obra de âmbito distinto (sobre a tipicidade contratual), parece-nos extremamente elucidativo o seguinte excerto da obra de Pedro Pais de Vasconcelos: “*Por isto, os tipos não se relacionam uns com os outros verticalmente, em pirâmide, como os conceitos gerais abstractos, mas sim horizontalmente, em séries e em planos.*” E continua: “*Os tipos não são superiores uns aos outros e não se contêm uns nos outros através da eliminação (abstracção) de notas; (...) Os subtipos não se subsumem dentro dos tipos. Um subtipo abrange parte da realidade designada pelo tipo, parte essa que se ordena em torno de um critério mais restrito.*”, cfr. *Contratos Atípicos*, 2.^a Edição, Almedina, 2009, pág. 38.

terceiro dever, que, no ponto de vista de alguns autores estrangeiros³⁹, seria também ele susceptível de ser encarado como um dever autónomo, sem prejuízo da sua não consagração, *ipsis verbis*, no artigo 64.º do CSC: o dever de boa fé.

Este *duty of good faith* não poderá ser entendido, na nossa modesta opinião, como autónomo relativamente aos deveres de cuidado e de lealdade, com base no seguinte: ao assumir uma posição cimeira na hierarquia de uma determinada empresa, o administrador age como um *trustee*⁴⁰, tendo em mãos bens que não são sua propriedade⁴¹, devendo, por isso, actuar com um cuidado especial (a tal bitola do “*gestor criterioso e ordenado*” referida a propósito do dever de cuidado), ainda mais acentuado do que aquele que lhe seria exigível se estivesse a administrar bens de sua propriedade⁴². Entendemos assim que o dever de boa fé é já exigível por força dos deveres de cuidado e de lealdade, não sendo deles autonomizável⁴³.

IV. Análise de *Case Studies*: os casos McDonalds, Nike e os casos dos meios de comunicação social

A. O caso Liebeck v. McDonald’s Restaurants

O caso “*McDonald’s Coffee Lawsuit*”, bastante célebre nos EUA, herdou esta designação popular por ter consistido num processo judicial (*tort lawsuit*), movido pela Senhora Stella Liebeck contra a McDonald’s Corporation⁴⁴.

³⁹ Sustentando esta posição *cf.* Sale, Hilary A., Delaware’s Good Faith, Cornell Law Review, Vol. 89, 2004, acessível através do seguinte endereço:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=456060.

⁴⁰ *Vide*, por todos, Berle, Adolf A., e Means, Gardiner C., *op. cit.*, págs. 219-245.

⁴¹ Pensa-se, obviamente, nos casos em que o administrador não é simultaneamente sócio ou accionista, mais frequentes em sociedades anónimas de maior dimensão.

⁴² Neste sentido *vide*, Carneiro da Frada, Manuel António, *op. cit.*, págs. 168 e segs.

⁴³ Em sentido idêntico, *cf.* Pais de Vasconcelos, Pedro, *Business Judgment Rule...*, *cit.*, págs. 46 e segs.

⁴⁴ Em virtude de ter sido assinado, entre ambas as partes, um acordo de confidencialidade, não se encontram disponíveis muitos elementos oficiais sobre pormenores mais concretos do caso em análise, motivo pelo qual tivemos que recorrer a outras fontes, de carácter não oficial, para a melhor apreciação possível do mesmo. Entre as fontes consultadas destaca-se a seguinte: Cain, Kevin G., The McDonald’s Coffee Law Suit, in *Journal of Consumer & Commercial Law*, Volume 11, Number 1, Law School, University of Houston, 2007, disponível em: <http://www.jtexconsumerlaw.com/V11N1/Coffee.pdf>.

Os factos que lhe deram origem foram, de forma bastante sucinta, os seguintes: a Autora, Senhora Stella Liebeck, de 79 anos de idade, adquiriu, num estabelecimento comercial McDonald's em Albuquerque, Novo México, um copo⁴⁵ de café num *drive-trhu* (em Portugal designados *McDrive*), tendo-o colocado entre as suas pernas, enquanto estava sentada no lugar do passageiro.

Ao tentar retirar a tampa plástica do copo, derramou nas suas pernas uma parte do café nele contido, tendo, como consequência directa desse derrame, sofrido queimaduras de terceiro grau. Mesmo após diversos tratamentos médicos, a Senhora Liebeck ficou com marcas permanentes nas zonas afectadas, tendo ficado incapacitada durante dois anos.

Após ter tentado, sem sucesso, que a McDonald's pagasse os custos médicos em que a lesada teve de incorrer por força das queimaduras, esta recorreu a um advogado, tendo sido instaurado, em Outubro de 1993, um processo judicial contra a referida empresa, alegando, em suma, um defeito no café, que era servido a uma temperatura entre 82° e 88° graus *celsius*, bem como a falta de informação adequada aos consumidores, relativamente a essas mesmas temperaturas.

Da parte da McDonald's houve, obviamente, uma defesa, a qual se baseava em opiniões de peritos em café, os quais alegavam que aquelas temperaturas eram as adequadas a proporcionar um melhor sabor do café, o qual se sabia não ser de grande qualidade: “*McDonald's requires that its coffee be prepared at scalding temperatures, based on the recommendations of coffee consultants and industry groups which claim that hot temperatures are necessary to fully extract the full coffee-flavor during the brewing process*”⁴⁶.

Após uma tentativa falhada de chegar a acordo para o pagamento de um montante indemnizatório, iniciativa do advogado da Autora, o julgamento prosseguiu, tendo o júri fixado um montante indemnizatório de 2.7 milhões de Dólares, o qual era composto por 160.000 Dólares de *compensatory damages* e o restante de *punitive damages*, montante que seria depois reduzido pelo Juiz para um total de aproximadamente 640.000 Dólares. Sumariamente, este não havia sido o primeiro caso em que a McDonald's tinha sido processada por servir o café a temperaturas perigosas para a saúde dos consumidores, havendo mesmo registos de 700 acções judiciais movidas contra aquela empresa, entre

⁴⁵ A designação em língua inglesa é *styrofoam cup*, a qual preferimos não traduzir por consistir num conceito técnico do material (isopor) com que são feitos esses “copos”. Diríamos, contudo que se tratam, em designação corrente, de copos descartáveis.

⁴⁶ Cfr. Cain, Kevin G., *op. cit.*, pág. 16.

1982 e 1992, com base nos mesmos fundamentos⁴⁷. Sucedia que a McDonald's ia chegando a acordo com cada um dos lesados, pagando-lhes uma verba compensatória, mas continuava a servir o café às temperaturas que se referiram, mesmo estando consciente de que aquelas temperaturas eram um risco para a saúde e integridade física dos consumidores.

Importa, por isso, perceber que motivos poderiam levar a empresa a não modificar a sua política em relação às temperaturas do café servido nos seus estabelecimentos comerciais, não obstante os valores em que incorria, cada vez que era alvo de um processo judicial.

Um ponto fundamental para se alcançar uma melhor percepção sobre os motivos subjacentes a esta decisão empresarial, pode ser ilustrado pelas declarações de alguns dos representantes da empresa chamados a depor em juízo, os quais justificavam que a McDonald's servia cerca de 1 bilião de cafés por ano, o que era sintomático de que os consumidores do seu café ficavam satisfeitos com a qualidade do mesmo, incluindo as condições (de temperatura) a que era servido. Acrescentavam ainda que as 700 pessoas que sofreram danos em resultado das elevadas temperaturas do café McDonald's, eram um número irrelevante quando contraposto ao número de cafés vendidos por ano.

Daqui se infere qual a grande ponderação feita pela empresa em relação à temperatura dos seus cafés: ainda que conscientes de que eles poderiam ser gravemente prejudiciais para a integridade física de quem os ingeria, os administradores da McDonald's preferiam ignorar este facto, pois sabiam que o incumprimento de normas e do respeito pelos direitos dos consumidores – e os montantes por isso despendidos em indemnizações – não era comparável às receitas que a empresa obtinha da venda de cafés, nomeadamente, da venda de cafés àquela temperatura⁴⁸. Pelo que era vantajoso (financeiramente) para a empresa continuar a incumprir estes direitos, ao invés de os respeitar e, por isso, arriscar uma diminuição das receitas daí provenientes.

Ainda que não se conheça a legislação norte-americana sobre esta matéria, duas observações são susceptíveis de conduzir à conclusão de que, de facto, a McDonald's incumpriu normas e lesou direitos: por um lado, a decisão do Tribunal foi nesse sentido; por outro, a McDonald's facilmente chegava a acordo com outros lesados, para o

⁴⁷ Estima-se que, neste período, a McDonald's tenha pago cerca de 500.00 Dólares de compensações, a clientes lesados pela elevada temperatura do café. *Idem*, pág. 15.

⁴⁸ Estima-se que, naquela época, a receita diária obtida pela McDonald's com a venda de cafés ascendia a 1.34 milhões de Dólares. *Idem*, pág. 17.

pagamento de indemnizações, evitando que as acções judiciais fossem mais longe. Ainda se pode acrescentar que, após o caso em análise, a McDonald's passou a servir o café a temperaturas ligeiramente mais baixas, bem como passou a afixar avisos nos seus estabelecimentos, alertando para as elevadas temperaturas a que algumas das suas bebidas eram servidas.

E, de acordo com a estratégia delineada pela empresa, as coisas foram correndo de forma favorável durante bastante tempo: um consumidor queixava-se, ameaçava, ou mesmo concretizava, com um processo judicial e, antes que se chegasse ao fim deste percurso, a McDonald's selava um acordo e pagava o seu silêncio, através do pagamento de compensações.

Contudo, e em face dos elevados montantes pedidos pelo representante da Senhora Liebeck, a McDonald's não chegou a acordo antes da produção de uma decisão judicial, pelo que o montante a final pago pela empresa acabou por ser até mais elevado do que o total pago durante os dez anos anteriores, a 700 lesados diferentes⁴⁹.

Pelo que um incumprimento que se revelava vantajoso para a empresa, acabou por resultar numa significativa perda – ainda que as receitas diárias da venda café fosse superiores ao montante indemnizatório pago –, conduzindo a mesma a adoptar uma conduta diferente daí em diante, por forma a evitar a repetição de situações semelhantes.

B. O caso NIKE

O caso NIKE não revela grandes similaridades com o caso anterior, por diversos motivos. Ainda assim, e no nosso entendimento, trata-se igualmente de um caso de incumprimento vantajoso⁵⁰ por parte da administração de uma empresa, motivo pelo qual, apresentando uma configuração distinta, se apresenta de grande utilidade para exemplificar este conceito abstracto, objecto da presente obra.

Hoje em dia uma das marcas com mais impacto no mundo, a NIKE Inc., viveu momentos de alguma instabilidade na década de 90, fruto das crescentes notícias afirmando que algumas fábricas da marca, em países como a China, a Indonésia, o México ou o Vietname, a empresa se aproveitava dos trabalhadores, quer através de

⁴⁹ Em função do referido na nota de rodapé 44 *supra*, não se sabe ao certo qual o montante efectivamente pago pela McDonald's à Senhora Liebeck. Contudo, estima-se que tenha sido próximo dos 600.000 Dólares. *Idem*, pág. 17.

⁵⁰ Cujas definição e alcance se discutirão no Capítulo seguinte.

trabalho infantil, quer através de violação de outras normas internacionais protectoras dos Direitos Humanos, como forçar trabalhadores a turnos contínuos, por vezes quase 24 horas de seguida, ou ainda pagar-lhes salários abaixo dos mínimos permitidos por lei. Estas notícias tiveram ecos na imprensa internacional, abrindo os mais diversos noticiários, um pouco por todo o Mundo.

Foi em 1996 que um grupo de activistas vietnamita (o *Vietnam Labor Watch*), terá feito a primeira denúncia de existência de tratamentos desumanos nas fábricas que produziam produtos NIKE⁵¹, ainda que tais denúncias não tenham, na altura como agora, privado a multinacional de continuar a utilizar esses países como principal fonte dos seus produtos, como se poderá aliás verificar pelas respectivas etiquetas.

Com receitas constantemente crescentes de ano para ano⁵², a NIKE não parece ter ficado particularmente amedrontada, até que, no final do ano de 1999, a empresa sofreu uma quebra de cerca de 776,2 milhões de Dólares em relação ao ano anterior, o que representou um recuo brutal na evolução significativa que a NIKE havia apresentado na década antecedente. Em consequência, basta verificar a introdução, nesse mesmo Relatório e Contas de 1999, de uma rubrica específica designada “*Corporate Responsibility*”, cuja introdução não se pode aferir directa e exclusivamente como consequência dos escândalos referidos, mas que não deixa de ser demasiado coincidente, tendo, inclusivamente, sido produzidas declarações por parte de altos dirigentes da empresa, sublinhando a intenção, já anteriormente manifestada, de impor regras mais restritas nas suas fábricas, de modo a eliminar este tipo de violações de Direitos Humanos.

A NIKE demoraria três anos até voltar a atingir o patamar de receitas de 1999, o que somente logrou fazer no final do ano de 2002!

Desde então, mais denúncias foram produzidas, com especial destaque para vários documentários: um produzido pela cadeia internacional BBC, outro pelo célebre realizador Michael Moore e ainda uma investigação levada a cabo pela cadeia Australiana Channel 7 News e um artigo da revista Associated Press, todos reportando

⁵¹ A fonte não oficial foi o *website* www.wikipedia.org. Cfr. http://en.wikipedia.org/wiki/Nike,_Inc.

Sobre o caso NIKE *vide*, Locke, Richard M., The Promise and Perils of Globalization: The case of Nike, MIT Working Paper IPC-02-007, Industrial Performance Center, Massachusetts Institute of Technology, 2002, disponível em: <http://web.mit.edu/ipc/publications/pdf/02-007.pdf>.

⁵² Cfr. Anexo *infra*. Para uma consulta das Demonstrações Financeiras do período em análise, *vide* <http://investors.nikeinc.com/Investors/Financial-Reports-and-Filings/Annual-Reports/default.aspx>.

situações de violações ao nível dos trabalhadores⁵³, ainda que, neste período (após 2002 e até 2011) as receitas da marca tenham atingido níveis históricos – cifraram-se em 20.862 milhões de Dólares no ano de 2011!

O que aqui se pretende sublinhar e deixar bem claro é que havia uma situação de incumprimento vantajoso por parte da NIKE e que esse aproveitamento acabou por ter custos elevados para a empresa, com a mesma a fazer *mea culpa* da situação. É, no entanto, fundamental sublinhar, desde já, as diferenças que este caso apresenta perante o caso McDonald's, porquanto agora já é possível identificar as diferenças e paralelismos entre as duas situações.

Num primeiro plano, os dois casos divergem pela natureza das normas violadas. Enquanto no caso McDonald's houve incumprimento de normas internas atinentes à defesa do consumidor, na situação da NIKE verificou-se antes um incumprimento de normas internacionais protectoras dos Direitos Humanos. Em qualquer dos casos houve, porém, um incumprimento de normas, disso não restarão dúvidas. Não restarão dúvidas, igualmente, que ambos os casos de incumprimento resultaram em ganhos financeiros substanciais – ainda que temporários – para ambas as empresas incumpridoras.

Em segundo lugar, no caso McDonald's foi necessária a intervenção de um tribunal para que se produzisse uma alteração na actuação da empresa. Já a NIKE foi afectada mediante o impacto que a divulgação de notícias na comunicação social produziu nas suas vendas e, consequentemente, nos seus resultados financeiros. Só depois a empresa introduziu novos parâmetros de preocupação na condução dos seus negócios, ainda que se tenha continuado afirmar publicamente a reiterada violação das mesmas normas pela empresa.

Por fim, também a forma de lidar com as adversidades foi distinta em cada um dos casos: a McDonald's aceitou que não seria benéfico, aberto o precedente, para a sua situação financeira continuar a pagar indemnizações tão elevadas quanto a que desembolsou no caso Liebeck, pelo que passou a comercializar o café a temperaturas mais baixas (ainda que bastante elevadas e susceptíveis de causar queimaduras graves),

⁵³ A cadeia televisiva britânica BBC e a cadeia australiana Channel 7 emitiram, em 2001 e 2008 respectivamente, reportagens baseadas em investigações por elas desenvolvidas, dando conta de situações de abusos para com trabalhadores seus. Já em 1998 o produtor e realizador cinematográfico Michael Moore havia lançado um filme intitulado *The Big One*, da Miramax Films, no qual aborda, entre outras grandes *corporations*, o caso da NIKE. Também a escritora Naomi Klein escreveu um livro sobre o tema, de título *No Logo*.

bem como passou a assinalar que os cafés eram vendidos “a escaldar”; a NIKE, após ter sofrido significativa quebra nas suas receitas, apostou em deixar transparecer, para o exterior, preocupações sociais (a tal *Corporate Responsibility* de que se falava há pouco), quer deixando que os seus investidores tomassem conhecimento de que a empresa assumia tais preocupações – através da rubrica de *Corporate Responsibility supra* mencionada –, quer junto do público em geral, ao produzir, por intermédio de administradores seus, declarações em que assumia estar contra estas situações de abuso.

C. Os casos dos meios de comunicação social

A este propósito dar-se-á importância a diversas acções judiciais que correram nos Tribunais portugueses. Mais concretamente analisar-se-á, sucintamente, um conjunto de decisões produzidas pelo Supremo Tribunal de Justiça (abreviadamente designado STJ), nas quais se verificaram violações de direitos de personalidade, tratando-se os lesados, na maior parte dos casos, de figuras públicas. Em todas as sentenças citadas verificou-se a condenação dos réus (jornais ou revistas) no pagamento de indemnizações aos autores (pessoas singulares e pessoas colectivas), em virtude da violação de direitos como o da intimidade da vida privada ou do direito ao bom nome e à reputação.

Muito embora este tipo de situações não seja, de modo algum, exclusivo da realidade portuguesa – basta lembrar os tablóides britânicos, conhecidos pela forma deveras provocadora com que se referem a figuras públicas, revelando informações a que, em muitos casos, não deveriam ter acesso –, pareceu-nos da maior relevância sair da esfera norte-americana e fornecendo um, ou neste caso vários, exemplos ocorridos em Portugal, que sejam susceptíveis de ser configurados como situações de incumprimento vantajoso.

Os primeiros dois processos em análise⁵⁴ foram originados por duas notícias, publicadas em diferentes publicações, nas quais se afirmava que determinadas pessoas (singulares

⁵⁴ O primeiro dos referidos processos correu com o número 08B2972, podendo ser acedido através do seguinte endereço:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fdb285e358f619df8025758300525390?OpenDocument>.

Quanto ao segundo, trata-se do processo número 08A1824 e o seu acesso pode ser feito através da seguinte ligação:

nestes casos) haviam praticado crimes e eram, à época, objecto de investigações no âmbito do processo penal.

No caso do processo número 08B2972, tratava-se o visado do então Secretário de Estado da Administração Marítimo-Portuária, o qual, segundo o jornal que publicou a notícia, era alvo de uma queixa-crime. Posteriormente, o mesmo jornal voltaria a publicar nova notícia, afirmando que esse mesmo Secretário de Estado teria adjudicado ao seu irmão um estudo avaliado em cerca de €200.000 (na altura a moeda em vigor era ainda o Escudo), sem que, para o efeito, tivesse utilizado o necessário concurso público. Indignado com tais notícias, o lesado propõe acção judicial contra o jornal e contra o jornalista autor da notícia, pedindo indemnização de €100.000, por danos não patrimoniais. Em 1.^a Instância decide-se condenar o jornal no pagamento de uma indemnização no valor de €25.000, absolvendo-se da instância o jornalista. O Tribunal da Relação de Lisboa revogou a sentença e absolveu o jornal. Por fim, e após novo recurso, decidiu o STJ revogar a decisão da Relação, atribuindo indemnização de €15.000 ao ora Autor. Uma nota somente para assinalar que ficou provado que as notícias, na parte em que ao Autor diziam respeito, não eram verdadeiras.

Já no caso do processo número 08A1824, foi publicada uma notícia no Jornal de Notícias, na qual se afirmava que um casal (um dos cônjuges Advogado de profissão) era objecto de um processo-crime, o qual se encontrava na fase de Instrução, imputando-lhes condutas de índole criminosa, pelas quais acabariam por não ser pronunciados, com a consequência de arquivamento do processo. Os Autores pediram ao Tribunal a condenação de duas indemnizações, respectivas a cada um deles, as quais perfaziam o montante total de €60.000. Invocou-se, para além da violação dos respectivos direitos de personalidade, a violação do segredo de justiça. Nas três instâncias em que correu o processo, verificou-se uma identidade de opiniões da parte dos vários Juízes, tendo prevalecido a sentença proferida em 1.^a Instância, a qual condenou o referido jornal no pagamento de uma indemnização de €25.000.

O segundo par de acórdãos⁵⁵ relata duas notícias publicadas em dois jornais (dos quais somente um é passível de identificação, nos termos da informação disponibilizada

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/07b3910aae5cdee08025748300395dd8?OpenDocument>.

⁵⁵ O primeiro dos referidos processos correu com o número 07B566, acessível através do seguinte endereço:

online), as quais se referiam a relações do domínio da relação dos visados com a Administração Fiscal portuguesa.

A primeira destas duas acções judiciais, que correu com o número de processo 07B566, envolveu um jornal do grupo Impresa, no qual foi publicada uma notícia referente ao Sporting Clube de Portugal (adiante referido como SCP), nela se dizendo que o último era devedor da Administração Fiscal. Como consequência de tal notícia, o SCP intentou contra a Impresa – Soceidade Gestora de Participações Sociais, S.A. Sociedade Aberta, e contra outros três réus, não identificados na informação consultada, pedindo ressarcimento em montante de cerca de €500.000. Em 1.ª Instância absolveram-se os réus da instância, tendo o mesmo acontecido em sede da Relação, após recurso do autor. Somente a decisão do STJ, novamente depois de recurso por parte do SCP, lhe conferiu razão, tendo os réus sido condenados no pagamento de €75.000.

O segundo caso deste segundo grupo reporta-se a uma decisão proferida pelo STJ, no âmbito do processo número 084765. O jornal periódico Expresso publicou uma notícia, dando conta que o então Ministro das Finanças, em função no cargo que ocupava, praticava comportamentos censuráveis em transacções prediais, conseguindo por essa via vantajosas isenções em sede de SISA (imposto sobre as doações e sucessões)⁵⁶, bem como na utilização de Guarda Fiscal em transporte de bens móveis próprios. Sentindo-se insultado com a gravidade de tais afirmações, o visado pela notícia, intentou acção judicial, pedindo a condenação da Sociedade Anónima detentora do referido jornal, bem como o jornalista responsável pela elaboração de tal peça, no pagamento solidário de indemnização no valor aproximado de €75.000. A acção foi julgada improcedente e os réus absolvidos, quer em 1.ª Instância quer, posteriormente e em razão de recurso, pelo Tribunal da Relação de Lisboa. Já o STJ, em novo recurso, não perfilhou tais sentenças, tendo decidido pela condenação de ambos os réus no pagamento ao autor de um montante total de cerca de €2.000.

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2977b1d06e94b2e58025729800577374?OpenDocument>.

O segundo dos referidos (084765), encontra-se disponível via:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/33328fc56fcb66cd802568fc003b29b5?OpenDocument>.

⁵⁶ Imposto equivalente ao actual Imposto Municipal sobre Transacções Onerosas de Imóveis (IMT).

Por fim, referem-se dois acórdãos respeitantes a processos atinentes a situações de violação da intimidade da vida privada⁵⁷.

No primeiro dos casos, no âmbito do processo número 4822/06.0TVLSB, sucedeu que uma revista, a já extinta Nova Gente, publicou artigo insinuando que duas pessoas, por sinal duas figuras com notoriedade pública, mantinham uma relação amorosa de verão, tendo sido tiradas fotografias em que, supostamente, ambos revelavam grande intimidade. As fotografias não haviam sido autorizadas por nenhum dos visados. Um deles decidiu intentar acção judicial contra a mencionada revista e ainda contra um seu director, tendo sido pedida uma indemnização de €40.000. O então autor afirmou mesmo que não era ele quem estava nas fotografias tiradas e publicadas na revista. A decisão da 1.^a Instância resolveu atribuir uma indemnização, a cargo de ambos os réus, no valor de €4.000. Após recurso dos réus, proferiu a Relação de Lisboa revisão da sentença anterior, tendo ao mesmo tempo que confirmava a condenação de ambos os réus, aumentado o montante indemnizatório para um total de €12.000. Por fim, decidiu o STJ absolver da instância o director da Nova Gente, não obstante tenha confirmado não só a condenação desta última, como também o montante fixado pela Relação e devido ao autor.

O último dos casos aqui analisados é o que se reporta ao processo número 03B3898. Nesta acção o lesado pediu indemnização cível no valor em escudos equivalente a €25.000, com base na publicação de um artigo num determinado jornal, no qual se afirmava que a sua esposa (do lesado) mantinha uma relação amorosa extraconjugal com um terceiro. Em função de tais notícias, o lesado foi alvo dos mais diversos comentários depreciativos, tendo-se também degradado a relação com a sua então esposa, o que levou ao divórcio e à diminuição de contacto com a sua filha. Tanto em 1.^a Instância como, após recurso, no Tribunal da Relação, foi a acção declarada improcedente, o que levou o Autor a recorrer para o STJ. Nesta sede última de recurso, o STJ concedeu razão ao lesado, atribuindo-lhe o direito a ser ressarcido num montante próximo dos €25.000.

⁵⁷ Os dois acórdãos em questão encontram-se disponíveis, respectivamente, nos seguintes endereços:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/233d43aceb242f0a80257690003dec71?OpenDocument> e

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ca7fc9ce4402f58b80256e7e004ec225?OpenDocument>.

Posta que está a enunciação destes três grupos de processos judiciais, parece ter chegado à altura de sobre eles fazer uma apreciação genérica, tentando-se ainda uma análise comparativa dos mesmos face aos dois casos descritos nos pontos A. e B. *supra*⁵⁸.

Em qualquer um destes casos verifica-se uma violação de direitos de personalidade⁵⁹, quer de pessoas singulares, quer de pessoas colectivas, por parte de meios de comunicação social. Nuns casos tendo-se alegado a violação do direito à intimidade da vida privada dos mesmos, noutros por violação do direito à honra, ao bom nome e à reputação dos visados pelos artigos publicados. Em muitos deles, aliás, ficou provado que continham conteúdo não correspondente à realidade. Sem querer entrar na discussão sobre que direito deve prevalecer no confronto entre direito à informação e direitos de personalidade, nem tão-pouco naquela que se centra na publicação de informação sobre figuras públicas⁶⁰, por extravasarem claramente o âmbito do presente texto, dir-se-á que, em todo o caso, se tiveram como violados direitos de personalidade, com a consequente atribuição de indemnizações aos lesados⁶¹.

Outro aspecto digno de nota é o espaçamento temporal destas decisões judiciais: por ordem de exposição, datadas respectivamente de 2009, 2008, 2007, 1994, 2009 e 2004. Verifica-se que entre o acórdão mais antigo (de 1994) e o mais recente (de 2009) passaram aproximadamente 15 anos, sendo que foram produzidas muito mais sentenças sobre o mesmo tema e em sentido semelhante, cuja referência a todas não se mostrava necessária na presente obra. Este factor de carácter temporal assumirá o devido relevo, como se demonstrará a seu tempo.

O último aspecto que urge chamar à colação, no que toca à comparação dos acórdãos *sub judice*, é atinente aos montantes indemnizatórios atribuídos pelo STJ. Mais

⁵⁸ Cfr. págs. 17 a 23 *supra*.

⁵⁹ Sobre o tema *vide*, entre outros, Carvalho Fernandes, Luís, Teoria Geral do Direito Civil, Volume II, Universidade Católica Editora, 5.ª Edição, 2009, págs. 220 e segs.; Menezes Cordeiro, António, Tratado de Direito Civil, I – Parte Geral, Tomo III – Pessoas, 2.ª Edição, Almedina, 2007, sobre os direitos de personalidade em geral *vide* págs. 103-127. Já sobre concretizações de direitos de personalidade tais como o bom nome e a reputação, o direito à imagem e o direito à intimidade da vida privada, *vide*, respectivamente, as págs. 179 e segs., págs. 233 e segs. e págs. 247 e segs.; Pais de Vasconcelos, Pedro, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 3.ª Edição, 2005, págs. 38 e segs..

⁶⁰ Sobre estas questões vide as obras mencionadas na última nota de rodapé *supra*.

⁶¹ Entre os motivos que presidiram à escolha destes acórdãos contam-se o facto de em todos eles terem sido atribuídas indemnizações, bem como serem todos acórdãos do máximo tribunal judicial português (o STJ).

concretamente, importa salientar a disparidade entre os montantes pedidos pelos diversos autores e aqueles efectivamente atribuídos pelos juízes. Excepção feita ao último dos acórdãos abordados, no qual ambas as verbas acabam por quase coincidir, em todas as restantes situações verificou-se que os montantes indemnizatórios ficaram bastante aquém do pretendido pelos lesados, podendo mesmo afirmar-se que se trataram, em parte dos casos, de verbas consideráveis como baixas. Também este factor assumirá relevância na análise a levar a cabo nos parágrafos seguintes.

Cabe por fim, encerrando este capítulo, analisar este conjunto de acórdãos comparativamente aos casos McDonald's e NIKE, com vista a destrinchá-los e a encontrar os possíveis pontos de contacto.

Desde logo é possível traçar uma grande proximidade entre a estratégia prosseguida pela McDonald's e as publicações (jornais e revistas) objecto de análise no presente ponto C.: conquanto a empresa norte-americana optava por pagar pequenas compensações, ao longo dos anos, aos queixosos, com os quais chegava a acordo, continuando assim a facturar milhões de Dólares por ano, somente contabilizando as vendas de café nos seus estabelecimentos comerciais, as revistas e jornais nacionais optam por se sujeitar ao pagamento de indemnizações, também elas de valor reduzido, uma vez que a tiragem dos exemplares que comercializam, compensa largamente as perdas com processos judiciais. Principalmente quando estão em causa figuras públicas, as quais, sendo capa dessas publicações, acabam por ser fundamentais para a obtenção de grandes receitas. Pegando, por exemplo, no quarto acórdão do STJ analisado (processo número 084765), ilustra-se na perfeição a realidade que se pretende retratar: notícias relacionadas com um membro do Governo, principalmente se forem origem de polémica, são tendencialmente números bastante vendidos, permitindo à sua editora um significativo encaixe financeiro.

No entanto, duas grandes diferenças entre os dois casos saltam, de imediato, à vista: em primeiro lugar, bastou à McDonald's ser condenada, de forma exemplar, pelo Tribunal de Albuquerque, Novo México, para que a empresa deixasse de prosseguir a estratégia condenada, em função de ter pago um montante deveras elevado, o que não sucedeu com as publicações nacionais, as quais, mesmo condenadas por diversas decisões judiciais (neste texto elencaram-se sentenças judiciais espaçadas em 15 anos), não lograram alterar a respectiva conduta, ainda hoje se fazendo valer da passividade da maioria dos visados pelas notícias, bem como pela vontade de muitos dos visados pretenderam, a todo o custo, “aparecer” nas capas de revistas e jornais; por outro lado, a

diferença entre o sistema da *tort law* norte-americana e o sistema de responsabilidade civil consagrado no nosso Código Civil, porquanto, em muitas situações, os tribunais de *common law* aplicam as chamadas *punitive damages* em cumulação com as *compensatory damages*, ao passo que em Portugal as indemnizações somente são calculados numa perspectiva compensatória⁶² (equivalendo, grosso modo, às mencionadas *compensatory damages*), o que, naturalmente, reduz bastante os montantes indemnizatórios fixados e a fixar pela jurisprudência nacional. Com uma consequência evidente: nos EUA os tribunais, por via precisamente deste mecanismo das *punitive damages*, conseguem aplicar “sanções exemplares”, as quais excedem largamente o dano produzido, sendo um mecanismo dissuasor de situações de incumprimento vantajoso continuado, por parte, maioritariamente, de empresas⁶³; já em Portugal, por seu lado, os juízes encontram nesta sede uma limitação significativa, pelo que somente podem atribuir indemnizações com base numa lógica compensatória, fazendo com que as indemnizações sejam reduzidas, o que leva as empresa a sentirem-se motivadas a adoptar posturas de incumprimento vantajoso continuado, por lhes ser financeiramente mais vantajoso fazê-lo do que, alternativamente, respeitar as esferas jurídicas dos visados e diminuir as suas receitas.

No que respeita à comparação entre este conjunto de sentenças do STJ e o caso NIKE, remete-se para o que ficou dito *supra*⁶⁴, aquando da análise conjunta dos casos NIKE e McDonald’s, pelas evidentes semelhanças entre este último e os mencionados casos decididos pelo STJ.

V. Delimitação do conceito de incumprimento vantajoso

⁶² Sobre a determinação da indemnização à luz do instituto da responsabilidade civil consagrado no nosso Código Civil e sua vertente compensatória *vide*, entre outros, Antunes Varela, João, Das Obrigações em Geral, Volume I, Almedina, 10.ª Edição, 2003, págs. 906 e segs.; Menezes Cordeiro, António, Tratado de Direito Civil Português, II Direito das Obrigações, Tomo III, Almedina, 1.ª Edição, 2010, págs. 511 e segs. e págs. 747 e segs.; Menezes Leitão, Luís Manuel, Direito das Obrigações, Volume I, Almedina, 7.ª Edição, 2008, págs. 335 e segs. e págs. 402 e segs..

⁶³ Sobre o funcionamento do mecanismo das *punitive damages* *vide* a obra de Sunstein, Cass R., Hastie, Reid, Payne, John W., Schkade, David A., Viscusi, W. Kip, Punitive Damages – How Juries Decide, University of Chicago Press, 2002. Entre nós há quem tenha já tentado explicar o funcionamento deste mecanismo, *cfr.* Leite Borges, Sofia, Os *Punitive Damages* – As Funções Punitiva e Preventiva da Responsabilidade Civil (relatório), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.

⁶⁴ *Cfr.* págs. 22 e 23 *supra*.

Feita a exposição dos *business cases* considerados no capítulo anterior, cabe tomar posição sobre o que se considera ser o conceito de incumprimento vantajoso, de forma que, tanto quanto possível, se consiga nele abranger a multiplicidade de actuações distintas apresentadas pela prática e que excedem largamente os casos exemplificados. Antes de partir para este raciocínio conceptual, parece sobremaneira relevante esclarecer a motivação principal de um administrador de uma sociedade comercial. Contando que os administradores de sociedades actuem de acordo com o papel que deles é esperado, prosseguindo o interesse social em detrimento de quaisquer outros factores ou motivações com que se possam deparar na administração da sociedade, o que, como se sabe, nem sempre sucede⁶⁵, a sua conduta vai-se pautar, essencialmente, de acordo com factores e conceitos de ponderação económica e financeira, nomeadamente, buscando obter, para a sociedade, a maximização dos seus recursos, bem como obtendo os melhores resultados financeiros possíveis. Neste prisma, os administradores irão sempre, em tese, procurar as soluções mais eficientes do ponto de vista económico-financeiro. De forma a tornar mais clara esta afirmação, tomemos o seguinte exemplo, bastante simples: o administrador da sociedade X necessita de tomar uma decisão sobre o fornecedor do produto Y. São-lhe apresentados os fornecedores A e B. O fornecedor A pratica o preço de 1.000 para as quantidades de que a sociedade necessita, enquanto o fornecedor B exige 1.100 pelo mesmo produto, com a exacta mesma qualidade e exactamente com as mesmas características. A opção, por demais evidente, do administrador será a de escolher o fornecedor A, em face de uma lógica de custo-benefício^{66 67}.

⁶⁵ É, aliás, com base nesta problemática que emergem os problemas de agência, abordados no Capítulo I *supra*, para cujas referências bibliográficas aí indicadas remetemos.

⁶⁶ A relação custo-benefício, designada em língua inglesa por *benefit-cost ratio*, tem origem económico-financeira, sendo ilustrada com recurso à seguinte fórmula matemática: $(CF_e / (1 + i)^n) / (CF_i / (1 + i)^n)$. Através da utilização dessa fórmula, consegue-se avaliar a rentabilidade de um determinado investimento, concluindo-se se é ou não um investimento rentável e, por isso, se deve avançar para esse investimento. Esta observação é meramente informativa, não se ignorando que existem outros modelos de avaliação de investimento, que sejam inclusivamente mais *accurate*. Contudo esta fórmula exemplifica a origem do conceito de custo-benefício, motivo pelo qual nos pareceu pertinente a sua menção.

⁶⁷ Obviamente que, neste exemplo bastante básico, somente se tem em conta tratar-se exactamente do mesmo produto, ignorando-se, por exemplo, factores atinentes ao fornecedor em si. Inúmeros outros

E era a este ponto que queríamos, precisamente, chegar: ao conceito de custo-benefício. Atentos os três casos analisados *supra* – considera-se que os vários casos sobre os meios de comunicação social podem ser tidos de forma unitária, daí que os tivéssemos agrupado num só ponto –, verifica-se que a motivação que os une é a mesma, precisamente, a da ponderação custo-benefício. Senão veja-se: no caso McDonald's a empresa preferia pagar compensações de baixo valor, de forma a manter os assombrosos lucros que obtinha com a venda de café; já no caso NIKE, a empresa opta por reduzir ao máximo os custos com mão-de-obra (o que é perfeitamente legal e prática corrente em qualquer empresa), violando, contudo, normas jurídicas internas e internacionais, por recurso a trabalho infantil; por fim, no caso dos meios de comunicação, os diversos jornais e revistas optam pela violação de direitos de personalidade e consequentes condenações, ainda que espaçadas, ao pagamento de indemnizações emergentes de responsabilidade civil, inferiores aos proveitos obtidos com a venda das publicações em causa.

Outro factor comum aos casos expostos é o da violação de regras jurídicas⁶⁸, ainda que com distintas configurações jurídicas e ainda que de diferentes fontes de origem, o que não parece obstar à qualificação pretendida.

Assim, e aceitando-se como correcta a noção de que uma norma jurídica é essencialmente “um *critério de qualificação e decisão de casos concretos*”⁶⁹, pode afirmar-se categoricamente que em todos os três casos descritos se verificou a violação de normas jurídicas.

factores poderiam ser aqui elencados; entende-se, contudo, que para o que se pretende ilustrar, é bastante esta referência.

⁶⁸ Sobre o conceito de normas jurídicas, *vide*, entre outros, Castro Mendes, João, Introdução ao Estudo do Direito, 1994, págs. 40 e seguintes; Dias Marques, José, Introdução ao Estudo do Direito, Editora Danúbio, 1986, págs. 57 e seguintes; Galvão Telles, Inocêncio, Introdução ao Estudo do Direito, Volume I, 11.ª Edição (Reimpressão), Coimbra, 2001, págs. 30 e seguintes, e Volume II, 10.ª Edição (Reimpressão), Coimbra, 2001, págs. 132 e seguintes; Marques da Silva, Germano, Introdução ao Estudo do Direito, Universidade Católica Editora, 2006, págs. 167 e seguintes; Oliveira Ascensão, José de, O Direito – Introdução e Teoria Geral, 10.ª Edição, Almedina, 1999, págs. 485 e segs.. Falaremos, de forma indistinta, de norma jurídica e de regra jurídica, acompanhando, neste particular, Oliveira Ascensão, *op. cit.* pág. 228.

⁶⁹ *Cfr.* Oliveira Acensão, *op. cit.* pág. 486. Outras noções de norma jurídica se apresentam possíveis, tais como “*enunciado orientador da conduta humana*”, in Galvão Telles, Introdução..., Volume I *cit.*, pág. 30.

Mas nem todas as normas jurídicas são relevantes para este exercício a que por ora nos propomos. De facto, não relevam, por exemplo, as normas jurídicas de cariz supletivo (normas supletivas), porquanto estas se aplicam somente no caso de “as partes nada disporem em contrário”⁷⁰. Ora se, no âmbito de aplicação de uma norma supletiva, cabe às partes a decisão última sobre o seu respeito e aplicação no caso concreto, então tal significa que ela não se impõe aos sujeitos em causa, permitindo-lhes seguir um rumo distinto daquele que nela se descreve.

O que nos interessa, portanto, é o grupo das regras jurídicas, cuja aplicação não depende da vontade dos sujeitos: as normas injuntivas⁷¹. Pois são essas normas que são impostas aos sujeitos; a ordem jurídica considera-as, no fundo, obrigatórias, em função dos interesses que acautelam e que se encontram em jogo⁷². É, de resto, o caso de qualquer das normas jurídicas violadas e expostas no Capítulo anterior.

Um terceiro elemento fundamental para a correcta delimitação do conceito de incumprimento vantajoso é o do nexo de causalidade. De facto, não bastará que exista uma conduta ilícita e um resultado positivo para a sociedade; é igualmente necessário que o resultado seja uma consequência directa da conduta praticada. Se a sociedade obtém uma vantagem, é essencial que essa vantagem exista somente por força daquela actuação, ilícita, por parte da sociedade. E terá igualmente de ser uma consequência directa; não pode ser uma consequência remota ou eventual, susceptível de ter tido uma origem que não a da conduta ilícita.

E, posto isto, chegamos à fase de decomposição do conceito em análise: o de incumprimento vantajoso. Ora, por “incumprimento” tem-se, como se acabou de dizer, a violação de uma norma jurídica de carácter injuntivo, a qual se revelava objectivamente aplicável à conduta praticada. Por “vantajoso”, tem-se toda a conduta que, de um ponto de vista do conceito de custo-benefício, apresenta um resultado vantajoso para a sociedade.

⁷⁰ Oliveira Ascensão, *cit.*, pág. 516.

⁷¹ Sobre o conceito de normas jurídicas injuntivas, *vide* Castro Mendes, João, *op. cit.* pág. 51; Dias Marques, José, *op. cit.* pág. 180; Galvão Telles, Volume II *cit.* págs. 138 e segs.; Marques da Silva, *op. cit.* pág. 180; Oliveira Ascensão, José *op. cit.* págs. 513 e segs..

⁷² As normas injuntivas são, nas palavras de Inocêncio Galvão Telles, “*comandos positivos ou comandos negativos (proibições) que visam interesses gerais ou interesses individuais muito fortes (...), implicando uma necessidade inderrogável*”, *op. cit.* pág. 139.

Isto dito, resulta da conjugação dos conceitos acabados de definir, que se considera, no âmbito do presente texto, como incumprimento vantajoso toda aquela conduta, levada a cabo por uma sociedade comercial (por intermédio da(s) pessoa(s) física(s) que a representa(m) – o(s) administrador(es)) a qual, implicando a violação de uma norma jurídica injuntiva, apresenta como resultado directo um ganho, objectivamente mensurável de um ponto de vista de custo-benefício, para a sociedade.

VI. O interesse social nas sociedades comerciais e o incumprimento vantajoso

A discussão em torno do conceito e âmbito do interesse social tem sido um tema que ocupa a doutrina desde há muitas décadas. E, ainda que em termos distintos, tem sido uma discussão que ocupa autores do ramo jurídico, bem como autores das áreas da Gestão, Economia e Finanças.

Se entre os autores que discutem o tema no plano jurídico, o debate tem como cerne o conceito de interesse social⁷³, assim definido, já nas restantes áreas não se pode propriamente dizer que se discuta o conceito do interesse social de *per se*, mas antes se tem tratado o tema dos interesses prevalentes no seio das empresas⁷⁴. O que, transposto para o plano jurídico, acaba por se traduzir sensivelmente no mesmo objecto, mudando somente o prisma de análise. Ou seja, ambas as perspectivas acabam por ter como fim último perceber quais os interesses deverão ser prosseguidos na administração de uma sociedade comercial, não obstante a linha de raciocínio e base argumentativa acabem por se distanciar, por serem distintos os objectos das ciências em causa.

É, por isso, relevante importar os termos da discussão levada a cabo no Capítulo I *supra*, nomeadamente sublinhando e reiterando a posição aí tomada, aquando do confronto entre as teorias contratualistas e institucionalistas da empresa⁷⁵.

Mas a relevância do interesse social não se resume à identificação dos interesses potencialmente conflitantes dos diversos sujeitos interessados. Outro aspecto

⁷³ Sobre o conceito e âmbito do interesse social, acrescentamos, relativamente à bibliografia indicada na nota de rodapé 11 *supra*, a propósito do confronto entre as teorias contratualista e institucionalista, a obra de Oliveira Ascensão, José de, *Invalidades das Deliberações dos Sócios*, separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Coimbra Editora, 2003, págs. 36 e segs..

⁷⁴ Berle, Adolf A., e Means, Gardiner C., *op. cit.*, págs. 66, 113 e 117; Dallas, Lynne L., *op. cit.*, págs. 6 e segs.; Sjøfjell, Beate, *op. cit.*, págs. 6 e segs..

⁷⁵ *Vide* bibliografia indicada na nota de rodapé 11.

fundamental nesta apreciação é relativo à dimensão temporal dos interesses em jogo. Tem-se entendido que o interesse social deve ser um interesse de longo prazo, intimamente relacionado com a sustentabilidade da empresa, não sendo de seguir quaisquer perspectivas de gestão desta com base em interesses e ganhos, exclusiva ou maioritariamente, de curto prazo⁷⁶. A preocupação de uma empresa – e, por inerência, dos seus órgãos de gestão – não deverá ser alcançar lucros muito significativos no imediato, se tal implicar um declínio da capacidade da sociedade em produzir bons resultados no médio ou no longo prazo. Inversamente, deverá tal preocupação estar centrada em alcançar resultados positivos de forma sustentada, ainda que isso possa implicar que, no curto prazo, os resultados possam não surgir com um impacto tão significativo. Não se quer com isto dizer que o administrador deve descurar as preocupações de curto prazo; ao invés ele deverá tentar obter os melhores resultados possíveis em todos os períodos, incluindo no imediato, desde que tal contribua para a sustentabilidade da sociedade por ele gerida, no limite, até de forma ilimitada no tempo⁷⁷.

Esta é, de resto, uma perspectiva perfilhada de igual forma pelas diversas ciências que estudam a empresa: quer as que a estudam de um prisma legal, quer aquelas cujo foco se centra nos aspectos económico-financeiros.

Confrontadas que estão estas duas perspectivas de análise do interesse social, é altura de, numa primeira fase, dar conhecimento da posição na qual nos situamos em relação à conjugação de ambas.

Pelo que ficou anteriormente dito, pensamos que, na discussão sobre o interesse social, não deverão ser adoptadas quaisquer perspectivas estanques e rígidas, significando isto que consideramos tanto as teorias contratualistas como as teorias institucionalistas se assumem como pouco flexíveis face à perspectiva de encarar o interesse social que entendemos por mais correcta. Se, por um lado, acedemos ao argumento de que sem sócios não haveria sociedade, por serem eles os seus fundadores, aqueles que dão o impulso à sua existência – aproximando-nos, por isso, das teorias contratualistas –, por

⁷⁶ Em sentido semelhante, *vide* Pais de Vasconcelos, Pedro, Responsabilidade Civil dos Gestores..., *cit.*, pág. 20.

⁷⁷ Não se ignora que as sociedades comerciais possam ser constituídas por um período de tempo limitado (art. 15.º do CSC). Contudo, a grande maioria das sociedades é constituída sem qualquer limitação temporal, pretendendo os seus sócios fundadores – e, posteriormente, os que não o sendo, venham a adquirir essa qualidade – que a sociedade seja capaz de subsistir, de forma saudável, infinitamente.

outro lado, não temos que este argumento possa ser levado demasiado longe. A verdade, indesmentível nos dias que correm, é que qualquer grande empresa que se preze, por motivos aliás comprovados pelas ciências da gestão⁷⁸, recorre a capitais alheios, na composição do seu capital social (ainda que o possa fazer somente numa fase mais adiantada da sua vida⁷⁹); existe, neste contexto, uma “composição óptima” do capital de cada empresa⁸⁰. Porque, por vezes, o recurso a capitais próprios se revela mais dispendioso do que o recurso a capitais alheios, é a este último que as empresas preferencialmente recorrem.

E pode, aliás, chegar-se a um extremo, já frequente na realidade empresarial norte-americana, no qual são os credores, e já não os sócios, os sujeitos que dominam a empresa, levando alguns autores a questionar, inclusive, se não lhes deverá ser conferida uma posição equiparada à dos sócios, quando exerçam tal influência dentro de determinada organização⁸¹. Não tomaremos posição nesta querela, por extravasar claramente o âmbito de abordagem pretendido. Ainda assim, esta perspectiva faculta uma importante conclusão: situações há em que o interesse de certos *stakeholders* como os credores deve, definitivamente, ser tomando em conta, quiçá até com prevalência sobre o dos sócios.

Mas, ainda que assim não seja e que não se sufrague tal afirmação, é indesmentível que a posição de credores, trabalhadores, fornecedores e clientes não pode, de forma

⁷⁸ Sobre o recurso a capital externo no financiamento das empresas, *cfr.* Brigham, Eugene F., e Houston, Joel F., *Fundamentals of Financial Management*, 12th Edition, South-Western Cengage Learning, 2009, págs. 306 e segs..

⁷⁹ De acordo com a *Pecking Order Theory*, as empresas tendem, numa fase inicial da sua existência, a recorrer essencialmente a capital interno na composição do seu capital social. Somente numa fase mais adiantada são procuradas fontes externas de financiamento. Mesmo de entre as duas fontes externas disponíveis, existe uma preferência por recorrer a dívida comparativamente a aumentar o capital, fazendo entrar accionistas externos. Sobre a *Pecking Order Theory*, *cfr.* Myers, Stewart C., e Majluf, Nicholas S., *Corporate Financing and Investment Decisions When Firms Have Information That Investors Do Not Have*, 1983. Texto disponível em:

<http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/2068/SWP-1523-15376412.pdf>.

⁸⁰ Tem-se entendido que, em função das taxas de juro exigidas, entre outros factores relevantes, existe uma composição óptima do capital das empresas, a qual passa pela combinação de *equity* (capitais internos) com *debt* (financiamento externo). Sobre o tema *vide*, Brigham, Eugene F., e Houston, Joel F., *op. cit.*, págs. 416 e segs..

⁸¹ Por todos, *vide*, Perestrelo de Oliveira, Ana, *Os credores e o governo societário*, *cit.*, págs. 97 e 111 e segs.

alguma, ser colocada de parte, em defesa absoluta do interesse dos sócios. Por não se poder confundir a sociedade com os seus sócios, pois ela é um centro autónomo de imputação de direitos e deveres, deve, em primeiríssimo lugar, atender-se ao seu próprio interesse – o interesse social. Basta pensar que um, ou até uma maioria de sócios, poderá somente ter um interesse de curto ou médio prazo em determinada sociedade, conquanto o interesse social – o da sociedade em si – terá um alcance com mais longevidade, concretizado na protecção do conceito de sustentabilidade⁸². Logo aqui se gera um conflito, e de resolução nada pacífica do prisma doutrinário. Mas poder-se-á ir ainda mais longe na construção deste argumento: qual é o interesse “dos sócios”? Representarão os sócios de uma determinada sociedade comercial uma realidade uniforme? É certo que não será necessariamente assim. De facto, muitos casos haverá em que os sócios possuem um interesse convergente – de mais fácil ocorrência em sociedades com menor dimensão. Mas, com igual grau de certeza, outros se colocam em que o interesse da colectividade dos sócios não se afigura convergente. Poder-se-ia afirmar, então, dever prevalecer o da maior parte da colectividade. Mas isso implicaria que se desprezasse o interesse da minoria? E implicaria, necessariamente, que a maioria defendia, por assim dizer, o interesse social? Não nos parece que assim possa ser, pelos motivos até agora invocados.

Ainda assim, e porque a actuação da sociedade traz diversas implicações para diferentes sujeitos, com interesses substancial ou potencialmente distintos, é sobremaneira relevante atendê-los também, na gestão societária. Por isto se afirma, taxativamente, que, tendo em conta as diversas realidades empresariais espalhadas pelos vários mercados, cada qual com suas especificidades, não se pode pregar pela existência de

⁸² Exemplo desta afirmação é, a título exemplificativo, a constatação de que nas sociedades cotadas em bolsa, e quando confrontados os interesses dos diversos accionistas, devem prevalecer os interesses dos accionistas “estáveis”, em detrimento dos accionistas que compõem o chamado *free-float*, ou seja, os accionistas com interesses exclusivamente de curto prazo, preocupados tão-somente com a valorização, no período de tempo mais curto possível, das respectivas participações sociais, uma vez que se entende que, do ponto de vista do bem-estar da sociedade – lá está, da sua sustentabilidade –, não são estes accionistas de curto prazo que criam valor, por não serem eles que acompanha a sociedade ao longo do tempo. Este tipo de investidores é, até, de determinado ponto de vista, encarado como um factor potencialmente destabilizador para uma sociedade cotada, tendo-se vindo a constatar que sociedades com um volume de *free-float* demasiado elevado não se apresentam como sendo particularmente estáveis e, por isso, nem sempre são muito bem vistas pelos mercados, e, por conseguinte, pelos investidores.

uma solução universal e transversal que se mostre adequada ao respeito de todo e cada interesse social – porquanto cada interesse social é um interesse em si mesmo, com pontos de contacto e de divergência, que aproximam as diversas sociedades em determinados aspectos e as afastam noutros⁸³.

E por isso se reafirma não se poder sufragar um entendimento da empresa como atinente nem exclusivamente aos seus sócios, nem maioritariamente por referência aos restantes *stakeholders*; a boa solução, julgamos nós, é aferir *in casu* qual a ponderação a fazer para a defesa correcta do interesse prevalente: o interesse social, enquanto interesse da sociedade comercial, nos termos *supra* expostos.

Contudo, e porque discussões demasiadamente teóricas podem – o que frequentemente sucede – esbarrar com a realidade, considerámos deveras pertinentes trazer à colação algumas hipóteses práticas, reais até, de situações em que é duvidosa a correcta prossecução do interesse social de sociedades comerciais.

Escusando-nos de reapreciar os casos acima expostos, limitamo-nos a levantar a seguinte questão: sendo que, em todos eles, os respectivos órgãos de gestão, decidiram como decidiram, de forma a obter um maior ganho para as empresas respectivas, em desrespeito de normas injuntivas, poder-se-á considerar que as respectivas decisões foram tomadas em respeito do interesse social de cada uma delas? Ora vejamos o problema de dois ângulos distintos. Num primeiro momento, tentar-se-á aferir se as decisões empresariais tomadas foram, de facto, benéficas para as respectivas empresas. Nesta fase, tratar-se-ão os três casos analisados de forma autónoma. Em momento ulterior, tecer-se-ão alguns comentários sobre a violação de regras jurídicas que esteve subjacente a todas as condutas expostas, tentando avançar com uma apreciação tão fundamentada quanto possível sobre a existência ou não de legitimidade de violação de normas com carácter injuntivo, por parte dos administradores de sociedades comerciais, ainda que em suposta defesa do interesse social. Por fim, tentar-se-ão conjugar ambas as perspectivas e, com isso, assumir uma conclusão sobre o tema.

Relativamente ao primeiro prisma de abordagem, façamos então a análise individual dos casos trazidos a discussão. No caso da McDonald's, a decisão empresarial foi no sentido de, incumprindo normas legais e pagando “pequenas” compensações em virtude de danos emergentes desse incumprimento continuado, lograr a obtenção do maior lucro

⁸³ Sobre o método tipológico e a necessidade de não se absolutizarem os tipos, *vide* Pais de Vasconcelos, Pedro, *Contratos Atípicos...*, *cit.*, págs. 21 a 165.

possível⁸⁴. A solução resultou, dir-se-á a médio prazo (durante cerca de 10 anos), até que, por insistência de um particular mais inconformado e suficientemente lesado para prosseguir com a litigância, se deu a condenação da referida empresa no pagamento de uma indemnização substancialmente mais elevada do que as compensações pagas até então. O resultado foi o reconhecimento, de forma institucionalizada, de que a sua conduta não era já tão pouco arriscada quanto o era anteriormente, assumindo-se, desde então, um maior respeito pelas normas até aí desrespeitadas. E se, por um lado, ainda que tendo pago tamanha indemnização, a McDonald's tenha conseguido lucrar bastante no ano em questão – basta pensar que, supostamente, a empresa facturava, em média, 1,34 milhões de Dólares diariamente com a venda de café e a indemnização paga terá sido de cerca de 600.000 Dólares –, a verdade é que teria lucrado ainda mais se essa indemnização não tivesse tido lugar, porquanto poderia ter dado continuidade à conduta até então levada a cabo. Por outro lado, foi, em parte, devido a este comportamento que a McDonald's conseguiu alcançar um patamar de lucro tão significativo, o que leva a pensar que, *in casu*, o incumprimento foi, a final, vantajoso para a empresa, ainda que o tenha deixado de ser após a célebre decisão judicial *supra* retratada⁸⁵.

Já a situação com que a NIKE se viu confrontada foi distinta. Ainda que não tenhamos dados concretos sobre a poupança alcançada pela empresa pelo recurso a trabalho infantil, certamente se adianta que a diferença para um salário praticado em condições ditas normais terá sido brutal, mesmo que se tenham em conta países onde o nível salarial se afigura substancialmente mais reduzido, como é o caso da maioria dos países asiáticos, onde, aliás, é propagado o recurso a mão-de-obra infantil. Nestes casos torna-se, ainda que na falta de certos dados contabilísticos, mais evidente que o incumprimento, bastante proveitoso no curto prazo, acabou por se revelar objectivamente prejudicial a médio prazo, tendo-se verificado uma demora de cerca de

⁸⁴ As compensações somente poderão ser consideradas pequenas de uma perspectiva subjectiva e comparativa; ou seja, elas são pequenas em comparação ao volume de receitas que a empresa obtinha, em parte, devido ao incumprimento das normas injuntivas concretamente aplicáveis.

⁸⁵ Na verdade, e se quisermos ser minuciosos, aquela opção não deixou, por si só, de ser potencialmente vantajosa, pois não se consegue aferir, com total certeza, se mais tribunais seguiriam a decisão judicial produzida pelo Tribunal de Albuquerque, Novo México. O que sucedeu, na verdade, foi que a ponderação entre custo e benefício, ou melhor, entre risco e benefício, levou a administração da McDonald's a não pretender continuar a assumir o risco do pagamento de indemnizações tão elevadas, pelo potencial de redução de lucros que daí poderia advir.

três anos até a empresa lograr a recuperação financeira do rombo sofrido nas suas contas, em grande parte devido à notícia das práticas lesivas de Direitos Humanos. Sendo, para além do mais, a NIKE uma sociedade cotada, as repercussões fizeram-se também sentir na cotação dos respectivos títulos. Por tanto julgamos poder afirmar que, neste caso, o incumprimento supostamente vantajoso – e que o foi durante alguns anos – se acabou por revelar desvantajoso, com as consequências observadas.

Observámos, nestas duas situações, dois casos de fronteira, no que respeita à conclusão sobre a existência ou não de uma situação de incumprimento vantajoso, no sentido de, a final, ter sido benéfico para a sociedade⁸⁶. Contudo, resulta bastante mais evidente que os casos dos meios de comunicação social são os mais lineares, no que respeita à verificação objectiva de situações de incumprimento vantajoso.

Devido aos diversos factores que já ficaram expostos em momento oportuno, mas principalmente, em face da configuração do sistema português de responsabilidade civil e, mais concretamente, do requisito da fixação das indemnizações com base num prisma compensatório e não punitivo, tal qual sucede, ou pode suceder, nos EUA, dir-se-á que nos casos dos meios de comunicação o incumprimento terá sido, a final, vantajoso. E, embora custe dizê-lo, continuará a sê-lo, pelos mesmíssimos motivos. Ora vamos por pontos:

1.º - As tiragens mais vendidas são, com toda a certeza, aquelas que geram maior polémica, sendo que existe, objectivamente, um nicho de mercado próprio: as publicações sensacionalistas.

2.º - As indemnizações pagas, e somente quando os tribunais entendem atribuí-las, são substancialmente inferiores àquelas receitas, as quais são geradas, principalmente, devido às notícias de cariz sensacionalista, impregnadas de polémica.

3.º - Este tipo de notícias é talvez o mais capaz de originar situações de graves violações de direitos de personalidade, os quais, voltamos a sublinhar, correspondem a Direitos Fundamentais.

Perante a exposição levada a cabo não restarão muitas dúvidas em como este tipo de situações de incumprimento são, a final, vantajosas, configurando, por isso, verdadeiras situações de incumprimento vantajoso.

⁸⁶ Devendo tal análise ser feita, como se disse no Capítulo V *supra*, com recurso a uma ponderação de custo-benefício. *Vide* págs. 30 e 31 *supra*.

Partindo, então, para a segunda perspectiva de análise, cabe perceber se os administradores de sociedades estão legitimados a levar a cabo, de forma deliberada, condutas que configurem situações de incumprimento vantajoso.

E a perspectiva é agora susceptível de criar uma significativa fricção entre o prisma jurídico e o económico-financeiro. Por um lado, a resposta de um jurista seria, em princípio, no sentido de responder negativamente à questão, concluindo pela obrigatoriedade de o administrador, na gestão da sociedade, dever respeito a todas as normas injuntivas a que se encontra, em nome da sociedade, adstrito, mesmo que exista, no caso concreto, uma alternativa mais favorável no prisma do custo-benefício e que implique a violação de normas jurídicas injuntivas. Já a perspectiva tendencial de um especialista nas ciências da gestão, diria que o administrador deveria actuar essencialmente de acordo com uma lógica economicista, ainda que para tal tivesse que agir em desacordo com determinadas imposições legais. O mais relevante seria, aqui, a obtenção dos melhores resultados possíveis para a sociedade que administra.

A nossa posição, quiçá natural de quem absorveu um pouco das duas realidades, encontra-se num patamar que se poderá ter como híbrido: por um lado, não se defende a violação, sem mais, de normas jurídicas de cariz injuntivo; por outro, facilmente se compreende a posição oposta, porquanto a verdadeira função de um administrador é a de proporcionar os maiores ganhos para a sociedade, permitindo que esta cresça, num sentido sustentável claro, tanto quanto esteja ao seu alcance.

Agora, que nos aproximamos do momento decisivo desta exposição, não nos poderíamos contentar com uma mera abertura de duas hipóteses, sem antes tentar, ainda que de forma incompleta, fornecer uma solução; ou antes, uma opinião própria, de quem vê a realidade munido de uma sensibilidade jurídico-económica.

E partimos, nesta tomada de posição, precisamente no plano jurídico, trazendo de volta os conceitos abordados no Capítulo II *supra*, a propósito dos deveres fiduciários dos administradores.

Os administradores devem lealdade e cuidado na administração das sociedades. É o que resulta da lei societária vigente. Eles devem ter o cuidado exigido a quem se encontra numa posição de *trustee*, devendo agir de forma especialmente⁸⁷ diligente, de modo que as suas decisões cumpram critérios de respeito pela sociedade que administram e da qual procuram retirar o máximo benefício que lhes é possível. Devem ainda ser leais

⁸⁷ *Cfr.* nota de rodapé 40 *supra*.

para com a sociedade, não colocando outros interesses à frente do interesse social, não podendo, em caso algum, preterir este interesse em detrimento de outros, pessoais ou de terceiros.

Uma conclusão possível, a extrair destes dois deveres seria a de que os administradores não se encontram vinculados a respeitar a lei, *de per se*, mas antes a respeitar e defender o interesse social, o da sociedade que administram. Sendo o interesse de uma sociedade comercial, por definição, o de prosseguir o lucro, então deverá ser essa a meta do administrador; não a de cumprir a lei. E isto sem prejuízo das consequências que potencialmente adviriam da violação de normas legais, porque elas consistem nisso mesmo: “comandos” que estabelecem consequências para a sua violação. As normas são susceptíveis de serem violadas e o agente que as viole terá que viver com a pós-violação. Se, fazendo uma ponderação prévia sobre as consequências da violação de determinada norma, concluísse que, ainda assim, pretendia seguir em frente com a sua conduta e violar as normas em apreço, por as consequências de tal violação serem claramente mais reduzidas do que os benefícios que dessa conduta resultassem, então ele seria livre de as violar e de suportar os efeitos da sua conduta, caso entendesse ser essa a opção mais vantajosa na defesa do interesse da sociedade por si administrada.

E se esta constatação pudesse ser válida para qualquer sujeito dotado de personalidade e capacidade jurídicas, não se vislumbra porque motivo não o haveria de ser também em respeito à conduta dos administradores de sociedades.

O importante seria, segundo este ponto de vista, que se verificasse um efectivo ganho para a sociedade administrada: se os resultados futuros da sociedade melhorassem, objectivamente, em função da situação de incumprimento, se a sustentabilidade e o crescimento da sociedade progredissem, por via dessa conduta contrária à lei, então o administrador poderia tomar essa opção, se a considerasse ser a que melhor defendia os interesses a cujo respeito ele se encontrava adstrito. Esta seria, tipicamente, uma perspectiva mais própria de um economista ou gestor.

Contudo, esta não poderia ser, de todo, a única perspectiva possível.

Não se pode ignorar que as normas jurídicas, mormente as injuntivas, sobre cuja violação ora nos debruçamos, são comandos susceptíveis de violação. Mas os administradores, como aliás qualquer outra pessoa, estão vinculados à lei injuntiva. Mais: eles estão adstritos e sujeitos ao respeito de certas normas injuntivas que não são impostas à generalidade dos sujeitos singulares, por força da especial posição que aqueles ocupam, a posição de condutores de uma pessoa colectiva, uma sociedade

comercial, cuja actividade é susceptível de interagir e interferir com diversos interesses, com os quais a generalidade das pessoas singulares não entra em contacto. De facto, o âmbito de actuação das sociedades é de tal forma alargado que é a própria lei, acompanhando necessidades sociais de protecção, que lhes impõe uma panóplia de deveres e restrições mais ampla do que aquela que impõe ao homem médio, ao comum dos indivíduos. Como consequência, o administrador de uma sociedade, sendo o representante dessa sociedade no que respeita à larga maioria dos seus actos, está adstrito ao cumprimento da lei, das normas injuntivas impostas à sociedade, bem como daquelas que lhe são a ele impostas, por força da posição que assume dentro da sociedade.

Os motivos justificativos da existência de normas jurídicas são de índoles distintas, mas existe pelo menos um aspecto que é, sem dúvida alguma, comum a todas elas: a necessidade de protecção, de regulação de um determinado aspecto, de uma certa realidade. Ora, se concordamos que o legislador, assumindo que se trata de um legislador coerente e cauteloso, perspicaz na sua intervenção – o que nem sempre sucede, é certo –, somente irá criar uma norma injuntiva se verificar a existência, na sociedade civil, da necessidade de proteger um ou vários interesses ou direitos que se encontram desprotegidos, então teremos de concordar que existem motivos justificados para que se respeite essa norma injuntiva, e bem assim se respeitem todas as restantes, por maioria de razão.

O Direito, as normas jurídicas, a regulação, consistem num instrumento fundamental para evitar a anarquia. As regras não existem somente para condicionarem a actuação dos sujeitos. Não. Elas existem, e condicionam essa mesma actuação, porque os sujeitos não vivem isolados em ilhas; ao invés, eles convivem e interagem entre si, devendo, por isso, respeito uns aos outros. As normas jurídicas, e ainda mais as normas de cariz injuntivo, existem para equilibrar as posições dos sujeitos; existem para não permitir, por exemplo, que as partes mais fortes se possam impor sobre as mais fracas, sem mais, sem que haja um motivo justificativo para que tal suceda. Não é razoável outra solução que não seja esta. Basta ponderar um pouco sobre os casos acima apresentados. Basta pensar que as sociedades *supra* referidas são grandes sociedades – especialmente as duas multinacionais norte-americanas –, tendo por isso um grande poder económico, uma enorme capacidade de impor a sua vontade a sujeitos com posições mais frágeis, como sejam, por exemplo, pessoas singulares que com essas sociedades se relacionem. O caso NIKE é, segundo julgamos, aquele que coloca mais em evidência a opinião que

acabámos de sustentar, uma vez que, pelo menos do ponto de vista da sensibilidade social, acarreta a violação mais grave de Direitos Humanos. Não poderia ser sustentável, em nome do bem-estar de uma sociedade comercial, perfeitamente susceptível, de resto, ser alcançado sem recurso a trabalho infantil – como sucede com inúmeras multinacionais – sustentar uma tese na qual se defendesse a legitimidade dos administradores em recorrer a trabalho infantil, em moldes desumanos, somente para procurar a solução mais vantajosa para a sociedade por eles gerida. É insustentável considerar que o administrador, contrariamente a todos os restantes intervenientes na sociedade – a sociedade civil, entenda-se – pudesse estar acima da lei, se pudesse considerar legitimado a desrespeitar as normas injuntivas que lhe fossem concretamente aplicáveis, somente por se encontrar adstrito à prossecução do interesse social. O administrador está, em primeiríssima linha, vinculado aos deveres que resultem de normas injuntivas, motivados por preocupações de ordem pública, essenciais para a sustentabilidade social.

Não se ignora, contudo, que o Direito serve propósitos sociais: o Direito das Sociedades Comerciais, das Empresas, deve ser construído em torno das necessidades destas. O Direito não deve, sem justificação, ser um entrave ao desenvolvimento das sociedades comerciais; deve antes, ser um instrumento que facilite e impulsione a sua actuação, uma ferramenta que ajude as empresas a desenvolverem a sua actividade, o seu objecto social, da forma mais eficiente possível. Ainda assim, devem existir limites. A sociedade comercial deve ver a sua actuação limitada se e na medida em que o desenvolvimento da sua actividade lese injustificadamente as posições de terceiros e seja nefasto para a sociedade civil, lugar onde actua e a quem serve a sua actividade. E, como tal, os seus administradores, por serem os condutores dos seus negócios e da sua actividade, deverão agir em respeito desses mesmos valores, respeitando o meio que envolve a sociedade comercial.

Mas não se pode ignorar que estas práticas existem e são recorrentes. Os casos apresentados *supra* serviram esse mesmo propósito, o de demonstrar, com recurso a acontecimentos que efectivamente ocorreram, que se trata de uma prática corrente e de elevada gravidade.

Cabe, em última análise, e em jeito de conclusão, ajudar a fornecer uma possível solução para este tipo de problemas, pelo menos com respeito à realidade portuguesa, onde, em função aliás das dificuldades identificadas, eles prevalecem sem que haja um mecanismo dissuasor suficientemente forte. Do ponto de vista de quem escreve, o

problema, afirma-se, está nos mecanismos de sanções existentes no ordenamento jurídico nacional. Conquanto nos EUA as se empresas encontram, hoje em dia, mais relutantes no que toca ao desrespeito da lei, na medida em que sabem que, em caso de lhes verem movida uma acção judicial pela violação de uma qualquer norma injuntiva e consequente produção de danos na esfera jurídica de terceiros, poderão ser condenados no pagamento de uma indemnização de avultado montante, susceptível de superar o dano efectivamente produzido. E tal somente é possível devido à aplicabilidade do mecanismo das *punitive damages*. Como foi já referido em momento anterior⁸⁸, e de forma muito sucinta, este mecanismo permite aos júris, e, em última análise, ao juiz condenar as empresas no pagamento de indemnizações que superam, em larga escala, o dano efectivamente produzido na esfera jurídica afectada pela actuação da empresa, havendo assim um mecanismo dissuasor de condutas abusivas da parte dos administradores de sociedades, os quais são deste modo forçados a uma ponderação prévia bastante mais cautelosa, pela indefinição e impossibilidade de previsão dos montantes que, a final, poderão ver as sociedades que administram obrigadas a pagar. Em última análise, poderão eles mesmos ficar adstritos a indemnizar a sociedade, seus sócios e credores, nos termos legalmente previstos.

Em Portugal, e não obstante possa existir quem defenda que, de acordo com as normas de responsabilidade civil vigentes no nosso ordenamento, é possível aos tribunais aplicar sanções punitivas (*punitive damages*), a verdade é que a larga maioria da doutrina nacional sustenta uma tese distinta: aquela segundo a qual se considera que as indemnizações atribuídas pelos tribunais deverão ter em conta o dano efectivamente produzido, sendo calculadas em função dele e destinando-se à restituição da situação existente no momento prévio ao da produção desse dano⁸⁹. No fundo, tem-se sustentado que o sistema de responsabilidade civil vigente em Portugal se baseia na perspectiva compensatória de atribuição de indemnizações, rejeitando-se a vertente punitiva desse instituto. Mais: os tribunais têm acompanhado esta solução, motivo pelo qual as indemnizações atribuídas nos nossos tribunais se mantêm em patamares tão reduzidos, comparativamente, por exemplo, às que se concedem nos tribunais norte-americanos, o que pode facilmente ser comprovado pela comparação entre os valores atribuídos no

⁸⁸ Vide página 29 *supra*.

⁸⁹ Não obstante as indemnizações poderem computar lucros cessantes e/ou danos emergentes, que somente existem ou são observáveis num momento posterior. Tais mecanismos não modificam, contudo, a vertente essencialmente compensatória do sistema português de responsabilidade civil.

âmbito do caso McDonnald's e as atribuídas em qualquer dos casos dos meios de comunicação social que ficaram apresentados acima.

Por isso, de duas uma: ou os tribunais optam por aumentar as indemnizações quando estejam em causa situações do tipo descrito (de incumprimento vantajoso, nos termos definidos), ou então deve existir uma intervenção do legislador, no sentido de permitir (de exigir até) que, estando em causa este tipo de actuações, as indemnizações possam ser mais elevadas, acentuando uma vertente punitiva e aproximando, ainda que ressalvadas as diferenças óbvias, o nosso sistema de indemnizações do sistema norte-americano, no que toca à condenação de pessoas colectivas e, no limite, dos seus administradores, responsáveis pela tomada das decisões mais relevantes.

Porque numa coisa se deve concordar: não é admissível que as empresas, ou algumas delas, possam continuar a sustentar parte dos seus avultados ganhos na violação de posições de outros sujeitos, com menor capacidade de resposta. Em norma alguma se vê escrito que os mais fortes e poderosos podem “pisar” os mais frágeis continuamente, sem que haja consequências severas, ilustrativas de que a sociedade civil e o Direito, de facto e não somente no campo teórico, não toleram esses comportamentos e mentalidades. Porque o que sucede é que, no plano da teoria, se diz “é ilícito”, mas no plano prático essa ilicitude não se reconduz numa verdadeira barreira, capaz de intimidar esses agentes prevaricadores, permitindo-lhes que se considerem acima da lei, acima dos mais fracos e impotentes.

VII. Conclusões

Concluído que está o percurso que nos propusemos fazer, não poderíamos encerrar a presente obra sem antes procurar condensar aquilo que de mais relevante foi nela abordado.

Observámos, nos primeiros dois Capítulos, o núcleo essencial da actuação dos administradores de sociedades comerciais. Quer tentando delimitar que direcção deve ser por eles seguida na condução dos destinos da entidade que administram, quer ainda identificando que deveres gerais que lhes são impostos e respectivas concretizações. E, logo aí, assumimos que o administrador deverá ser o primeiro a perceber as necessidades que a sociedade que dirige, quais são e como melhor satisfazê-las. O que nem sempre se revela fácil ou evidente; de facto, a complexidade da realidade em que consiste cada sociedade comercial individualmente considerada, implica, para o seu

administrador, uma percepção da complexa realidade que a envolve e dos interesses mais relevantes que nela se erigem.

O confronto entre os vários sujeitos relevantes para a sociedade, e para os quais a sociedade é relevante, coloca obstáculos que têm sido debatidos universalmente há já algumas décadas, e sem que se tenha conseguido uma solução uniforme. O que muitos autores parecem ignorar, centrando-se, talvez em demasia, nos interesses desses sujeitos interessados, é que a sociedade é um centro autónomo de imputação de direitos e deveres. Ela é, *de per se*, uma pessoa, com necessidades próprias e, por isso, com um interesse próprio: o interesse social.

Antes de ponderar sobre se deve atender ao interesse dos sócios ou credores da sociedade, o administrador deverá atender ao interesse social, ao da sociedade em si mesma. Deverá, por isso, defender o interesse social, em detrimento de interesses individuais, estando adstrito a tomar as decisões que melhor prossigam o interesse social, não obstante a obrigação de respeitar e ponderar os interesses dos grupos com relevância para a sociedade, quer sejam eles sócios, credores, trabalhadores, etc..

A questão que se colocou foi, no entanto, até que ponto eles o poderiam fazer, quais os limites dessa prossecução. Para tanto, foram analisados casos concretos em que os administradores de certas sociedades, na suposta defesa do interesse dessas sociedades, violaram normas legais, com carácter injuntivo.

No fundo conclui-se ter imperado uma lógica economicista, assente numa ponderação de custo-benefício. Esses administradores (*decision makers*) consideraram que a violação de determinadas normas injuntivas era favorável, sob o prisma económico-financeiro de defesa do interesse social. Consideraram que o incumprimento de tais normas, contando que acarretaria uma sanção (pecuniária), era favorável para as respectivas sociedades, porquanto o ganho que daí advinha, superava a consequência do seu incumprimento.

O risco de gestão que assumiram não é, contudo, admissível à luz dos valores protegidos pela ordem jurídica; não é admissível sustentar que o interesse social – relembre-se que cada sociedade tem o seu próprio – possa estar acima do interesse da colectividade que rodeia essa sociedade e na qual ela se insere. As normas injuntivas são comandos criados para protecção da ordem pública e do interesse da sociedade civil, sob as mais diversas variações. A defesa do interesse social não pode relegar a ordem pública para um plano secundário.

Feito este percurso, procurámos oferecer algumas soluções possíveis para atenuar este tipo de problemas, à luz das dificuldades evidenciadas no nosso sistema, eliminá-lo até, aproveitando-nos do que de bom é feito e observado em outros ordenamentos jurídicos. Assim, o recurso à realidade norte-americana acabou por se justificar com base em três ordens de razão. A primeira atinente à relevância que esta assume na discussão destas matérias: foi, de facto, nos EUA que as discussões em redor do interesse social mais cedo se difundiram e se desenvolveram, tendo o restante percurso sido feito alicerçado nas teses que aí foram criadas. O segundo motivo prende-se com a popularidade e riqueza que a realidade empresarial norte-americana nos oferece: os casos McDonald's e NIKE foram extremamente relevantes para a análise desta questão; foi com base na sua observação que decidimos avançar para a discussão deste tema. Por fim, também a realidade norte-americana nos parece ser capaz de oferecer algumas saídas para a resolução deste tipo de problemas: como se observou no caso McDonald's, o sistema norte-americano de responsabilidade civil (o *tort law* na designação original), tem um mecanismo sobremaneira decisivo para desmotivar este tipo de práticas pelas sociedades comerciais, o qual consiste na filosofia e modelo das *punitive damages*, solução ignorada pelo nosso legislador e pelos nossos tribunais.

Esperamos, após esta exposição, ter contribuído para uma interessante discussão sobre um tema que entendemos relevante na vida das sociedades, e em relação ao qual se estranha somente que não haja mais vozes que expressem a sua preocupação pelo mesmo, tal é a frequência com que ocorre, em Portugal e no mundo.

Bibliografia

Obras Consultadas:

Albuquerque, Pedro de - Direito de Preferência dos Sócios em Aumentos de Capital nas Sociedades Anónimas e por Quotas, Almedina, 1993.

Antunes Varela, João - Das Obrigações em Geral, Volume I, Almedina, 10.^a Edição, 2003.

Armour, John, Hansmann, Henry, e Kraakman, Reinier - The Essential Elements of Corporate Law, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 134/2009, 2009, pág. 4, disponível em SSRN:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436551.

- Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 135/2009, 2009, disponível em SSRN:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555.

Berle, Adolf A., e Means, Gardiner C. - The Modern Corporation and Private Property, Revised Edition, Harcourt, Brace & World, Inc., 1967.

Brigham, Eugene F., e Houston, Joel F. - Fundamentals of Financial Management, 12th Edition, South Western Cengage Learning, 2009.

Brito Correia, Luís - Direito Comercial, 2.º Volume – Sociedades Comerciais, e 3.º Volume – Deliberações dos Sócios, AAFDL, 1989.

- Os Administradores de Sociedades Anónimas, Lisboa, 1991.

Caetano Nunes, Pedro - Corporate Governance, Almedina, 2006.

- Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas, Almedina, 2001.

Cain, Kevin G. - The McDonald's Coffee Law Suit, in Journal of Consumer & Commercial Law, Volume 11, Number 1, Law School, University of Houston, 2007, disponível em Journal of Consumer and Commercial Law:

<http://www.jtexconsumerlaw.com/V11N1/Coffee.pdf>.

Câmara, Paulo - Manual de Direito dos Valores Mobiliários, 2.^a Edição, Almedina, 2011.

Campbell, David - Towards a Less Irrelevant Socialism: Stakeholding as a 'Reform' of the Capitalist Economy, *in* Journal of Law and Society, Volume 24, Número 1, Blackwell Publishing, 1997.

Carneiro da Frada, Manuel António - A *Business Judgment Rule* no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Volume II, 2006.

Carroll, Archie B. - Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct, *in* Business Society, 1999, texto disponível em Business & Society: <http://bas.sagepub.com/content/38/3/268.full.pdf+html>.

Carvalho Fernandes, Luís - Teoria Geral do Direito Civil, Volume II, Universidade Católica Editora, 5.^a Edição, 2009.

Castro Mendes, João - Introdução ao Estudo do Direito, 1994.

Chabert, Susana - Interesse da Empresa e Interesse Social (Relatório), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.

Coase, Ronald H. - The Nature of the Firm, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937.

Costa, Ricardo - Deveres Gerais dos Administradores e “Gestor Criterioso e Ordenado”, *in* I Congresso das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel - Da Empresarialidade – As Empresas no Direito (Reimpressão), Almedina, 1999.

- Curso de Direito Comercial, Volume II – Das Sociedades, 2.^a Edição, Almedina, 2007.

- Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, *in* Cadernos do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 5, Almedina, 2007.

Dallas, Lynne L. - Two Models of Corporate Governance: Beyond Berle and Means, *in* University of Michigan Journal of Law Reform, 1988.

Dias Marques, José - Introdução ao Estudo do Direito, Editora Danúbio, 1986.

Eisenhardt, Kathleen M. - Agency Theory: An Assessment and Review, *in* The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1, 1989.

Fernandes de Oliveira, António - Responsabilidade Civil dos Administradores, *in* Código das Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades, Almedina, 2008.

Ferreira, Bruno - A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado Enquanto Estratégias de *Corporate Governance*, *in* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Número 30, 2008.

- Os Deveres de Cuidado dos Administradores e Gerentes (Análise dos Deveres de Cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América Fora das Situações de Disputa Sobre o Controlo Societário), *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano I, Número 3, Almedina, 2009.

Galvão Telles, Inocêncio - Introdução ao Estudo do Direito, Volume I, 11.ª Edição (Reimpressão), Coimbra, 2001.

- Introdução ao Estudo do Direito, Volume II, 10.ª Edição (Reimpressão), Coimbra, 2001.

Gomes, Fátima - Reflexões em Torno dos Deveres Fundamentais dos Membros e Órgãos de Gestão (e Fiscalização) das Sociedades Comerciais à Luz da Nova Redacção do Artigo 64.º do CSC, *in* Nos Vinte Anos do Código das Sociedades Comerciais, Volume II, Coimbra Editora, 2008.

Leite Borges, Sofia - Os *Punitive Damages* – As Funções Punitiva e Preventiva da Responsabilidade Civil (relatório), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.

Locke, Richard M. - The Promise and Perils of Globalization: The case of Nike, MIT Working Paper IPC-02-007, Industrial Performance Center, Massachusetts Institute of Technology, 2002, disponível em Industrial Performance Center, Massachusetts Institute of Technology: <http://web.mit.edu/ipc/publications/pdf/02-007.pdf>.

Magalhães, Vânia Patrícia - A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social, *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano I, Número 2, Almedina, 2009.

Marques da Silva, Germano - Introdução ao Estudo do Direito, Universidade Católica Editora, 2006.

Menezes Cordeiro, António - Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais, Lex, 1997.

- Os deveres fundamentais dos administradores de sociedades, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Volume II, 2006.

- A Lealdade no Direito das Sociedades, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Volume III, 2006.

- António, Tratado de Direito Civil, I – Parte Geral, Tomo III – Pessoas, 2.^a Edição, Almedina, 2007.

- Código das Sociedades Comerciais Anotado, Almedina, 2009.

- Tratado de Direito Civil Português, II Direito das Obrigações, Tomo III, Almedina, 1.^a Edição, 2010.

Menezes Leitão, Adelaide - Responsabilidade Civil dos Administradores para com a Sociedade e os Credores Sociais por Violação de Normas de Protecção, *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano I, Número 3, Almedina, 2009.

Menezes Leitão, Luís Manuel - Direito das Obrigações, Volume I, Almedina, 7.^a Edição, 2008.

Myers, Stewart C., e Majluf, Nicholas S. - Corporate Financing and Investment Decisions When Firms Have Information That Investors Do Not Have, 1983. Texto disponível em DSpace: <http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/2068/SWP-1523-15376412.pdf>.

Olavo Cunha, Paulo - Direito das Sociedades Comerciais, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2010

Oliveira Ascensão, José de - O Direito – Introdução e Teoria Geral, 10.^a Edição, Almedina, 1999.

- Invalidades das Deliberações dos Sócios, separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Coimbra Editora, 2003.

Pais de Vasconcelos, Pedro - Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 3.^a Edição, 2005.

- A Participação Social nas Sociedades Comerciais, 2.^a Edição, Almedina, 2006.

- Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais, *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Volume 1, Almedina, 2009.

- Deveres de Cuidado e de Lealdade, Ilícitude e Culpa e o Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Vol II, Almedina, 2009.

- Pais de Vasconcelos, Pedro, Contratos Atípicos, 2.^a Edição, Almedina, 2009.

Paterson, John - Corporate Governance, The Limits of Rationality and Proceduralisation, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 198, 2011, disponível em Centre for Business Research, University of Cambridge: <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP198.pdf>.

Pereira de Almeida, António - Sociedades Comerciais, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 1999.

- *A Business Judgment Rule*, *in* I Congresso de das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

Perestrelo de Oliveira, Ana - A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo, Almedina, 2007.

- Os Credores e o Governo Societário: Deveres para os Credores Controladores?, *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano I, Número 1, Almedina, 2009.

Pires Cordeiro, Catarina - Algumas Considerações Críticas sobre a Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas no Ordenamento Jurídico Português, *in* O Direito, Número 137, Volume I, 2005.

Porter, Michael E., e Kramer, Mark R. - The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy, *in* Harvard Business Review, 2002.

Ramos, Maria Elisabete - Administradores de Sociedades Anónimas e o Dever Legal de Garantir a Responsabilidade, *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 3, Volume V, Almedina, 2011.

Ribeiro, Maria de Fátima - A Responsabilidade dos Administradores à Crise da Empresa Societária e os Interesses dos Credores Sociais, *in* I Congresso das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

Serafim, Sónia das Neves - Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, a *Business Judgment Rule* e o Dever de Lealdade, *in* Temas de Direito das Sociedades, Coimbra Editora, 2011.

Serra, Catarina - Entre *Corporate Governance* e *Corporate Responsibility*: Deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’, *in* I Congresso das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

Sjåfjell, Beate - The Golden Mean or a Daed End? The Takeover Directive in a Shareholder versus Stakeholder Perspective, 2006, disponível em SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=866184.

Soares da Silva, João - Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: os Deveres Gerais e os Princípios de *Corporate Governance*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, Volume II, 1997.

Sunstein, Cass R., Hastie, Reid, Payne, John W., Schkade, David A., Viscusi, W. Kip - Punitive Damages – How Juries Decide, University of Chicago Press, 2002.

Sale, Hilary A. - Delawere's Good Faith, Cornell Law Review, Vol. 89, 2004, disponível em SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=456060.

Ventura, Raúl e Brito Correia, Luís - Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, 1970.

Ventura, Raúl - Sociedades por Quotas, Volume III, Almedina, 1991.

Sítios Consultados:

www.bas.sagepub.com

www.cbr.cam.ac.uk

www.cmvm.pt

www.dgsi.pt

www.dspace.mit.edu

www.ecgi.org

www.harvard.edu

www.jtexconsumerlaw.com

www.nike.com

www.ssrn.com

www.wikipedia.org

Anexo

